Göttinger Juristische Schriften

Dagmar Coester-Waltjen, Volker Lipp,
Eva Schumann, Barbara Veit (Hg.)

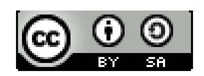
Zwangsbehandlung bei Selbstgefährdung

14. Göttinger Workshop zum Familienrecht 2015



Universitätsverlag Göttingen

Dagmar Coester-Waltjen, Volker Lipp, Eva Schumann, Barbara Veit (Hg.)
Zwangsbehandlung bei Selbstgefährdung



erschienen als Band 19 in der Reihe „Göttinger Juristische Schriften“
im Universitätsverlag Göttingen 2016

Dagmar Coester-Waltjen,
Volker Lipp,
Eva Schumann,
Barbara Veit (Hg.)

Zwangsbehandlung bei Selbstgefährdung

14. Göttinger Workshop zum Familienrecht 2015

Göttinger Juristische Schriften,
Band 19



Universitätsverlag Göttingen
2016

Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

Kontakt
Prof. Dr. Dr. h.c. Volker Lipp
E-Mail: lehrstuhl.lipp@jura.uni-goettingen.de

Satz und Layout: Janina Marie Schaper

http://univerlag.uni-goettingen.de
ISBN: 978-3-86395-265-5
ISSN: 1864-2128

Vorwort

Dieser Band vereinigt die Referate des 14. Göttinger Workshops zum Familienrecht. Seit 2001 laden die Familienrechtler an der Juristischen Fakultät (zunächst Volker Lipp und Barbara Veit, seit 2004 Eva Schumann und seit 2009 auch Dagmar Coester-Waltjen) jedes Jahr Wissenschaftler und Praktiker nach Göttingen ein, um grundlegende wie aktuelle Fragen des Familienrechts zu diskutieren. In dieser Tradition steht auch der 14. Göttinger Workshop zum Familienrecht, der die höchst aktuelle Problematik der Zwangsbehandlung thematisierte und gemeinsam mit dem Göttinger Zentrum für Medizinrecht veranstaltet wurde.

Die zwangsweise Behandlung eines Patienten, der eine ärztliche Behandlung ablehnt, wird aus rechtlicher, medizinischer und medizinethischer Sicht intensiv diskutiert, seitdem das BVerfG in mehreren Entscheidungen die einschlägigen Regelungen in den Maßregelvollzugsgesetzen einiger Bundesländer und der BGH die bundesrechtlichen Vorschriften des Betreuungsrechts für unzureichend befunden hatten. Der Bundesgesetzgeber hat daraufhin die Zwangsbehandlung von Erwachsenen bei Selbstgefährdung im Betreuungsrecht geregelt und sie auf Patienten beschränkt, die zum Zweck der Behandlung freiheitsentziehend untergebracht sind. Der BGH hält diese Beschränkung auf untergebrachte Patienten für verfassungswidrig und hat die Frage nunmehr dem BVerfG vorgelegt. Vor diesem Hintergrund verwundert es nicht, dass die Zwangsbehandlung bei Erwachsenen im Zentrum der Diskussion steht.

Weniger Aufmerksamkeit hat demgegenüber bislang die Zwangsbehandlung von Kindern und Heranwachsenden erfahren. Sie wirft jedoch mindestens ebenso schwierige Fragen auf, gibt es doch – anders als im Erwachsenenschutzrecht – noch nicht einmal allgemeine Regelungen dazu, was unter einer Zwangsbehandlung zu verstehen ist und unter welchen Voraussetzungen der Personensorgeberechtigte oder – die nicht einfach zu bestimmende Einwilligungsfähigkeit des Kindes unterstellt – dieses selbst hierin einwilligen kann. Dabei sind auch Kinder und Heranwachsende Träger der Freiheitsgarantien des Art. 2 Abs. 2 GG und der Menschenwürde, in die mit jeder Zwangsbehandlung eingegriffen wird, und auch sie erleben die Eingriffe in ihre körperliche Integri-

tät als umso bedrohlicher, je mehr sie sich dem Geschehen hilflos ausgeliefert sehen. Ob es der zunehmend kindzentrierte Blick auf das Eltern-Kind-Verhältnis, zumindest aber die Rechtsposition des Kindes gegenüber einem Vormund oder Ergänzungspfleger verlangt, die Voraussetzungen für eine Zwangsbehandlung des Minderjährigen – etwa die Herbeiführung einer Genehmigung durch das Familiengericht – im Gesetz festzuschreiben und wie diese ausgestaltet sein müssten, um auch den Vorgaben der UN-Kinderrechte- und Behindertenkonvention zu genügen, sind nur einige der in diesem Bereich aufgeworfenen Fragen.

Dass wir diese intensiv diskutieren konnten, verdanken wir vor allem den Referenten, aber auch den zahlreichen Teilnehmern, die diese schwierige Problematik aus Sicht unterschiedlicher Disziplinen und Professionen beleuchteten. Dank gebührt den Referenten des Weiteren für ihre Beiträge in diesem Band. Für die finanzielle Unterstützung sei dem Bundesministerium der Justiz sowie dem Bundesanzeiger Verlag gedankt. Nicht zuletzt danken wir den Mitarbeitern des Zentrums für Medizinrecht und unserer Lehrstühle, ohne die weder der Workshop noch dieses Buch möglich gewesen wäre.

Göttingen, im April 2016

Für die Herausgeber

Volker Lipp und Barbara Veit

Danksagung

Für die finanzielle Unterstützung des 14. Workshops zum Familienrecht danken wir dem Bundesministerium der Justiz sowie dem Bundesanzeiger Verlag.

Inhaltsverzeichnis

Aktuelle Probleme der Zwangsbehandlung – Zwangsbehandlung von Erwachsenen bei Selbstgefährdung

Georg Dodegge

I. Ausgangs- und Spannungslage

Das Betreuungsrecht hatte bei seiner Einführung im Jahre 1992 in Rechnung gestellt, dass zum Wohl der Betroffenen im Gesundheitsbereich auch Entscheidungen gegen ihren ausdrücklichen Willen erforderlich werden können.[1] Der Gesetzgeber hatte gesehen, das psychische Erkrankungen, geistige oder seelische Behinderungen dazu führen können, dass Betroffene sowohl ihre psychischen als auch ihre somatischen Erkrankungen nicht oder nicht in vollem Umfang erkennen und so ihr Recht auf körperliche Gesundheit und Integrität im Einzelfall nicht wahrnehmen können. Damals ging der Gesetzgeber als selbstverständlich davon aus, dass ein Betreuer mit ausreichendem Aufgabenkreis in solchen Situationen im Rahmen einer nach § 1906 BGB genehmigten Unterbringung für den Betroffenen in ärztlich indizierte Maßnahmen zu dessen Wohl einwilligen kann, sofern der Betroffene zu keiner freien Willensbestimmung in der Lage ist. Der Betreuer hatte seine Entscheidung über die Einwilligung in eine ärztliche Maßnahme allerdings nicht am objektiven Wohl, sondern am subjektiven Wohl des Betroffenen, sprich seinem Wunsch und seinem Willen, auszurichten. Nur wenn dieser Wunsch und Wille das Wohl des Betroffenen erheblich gefährdete, durfte der Betreuer davon abweichen. Dementsprechend billigte das Bundesverfassungsgericht auch dem „psychischen Kranken in gewissen Grenzen die Freiheit zur Krankheit" zu.[2]

Eine bedeutsame Änderung der Rechtslage trat mit der ersten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes zur Zulässigkeit von ärztlichen Zwangsmaßnahmen im Rahmen des Maßregelvollzuges ein.[3] Das Bundesverfassungsgericht führte in dieser Entscheidung aus, dass es angesichts des tiefgreifenden Grundrechtseingriffes, der mit einer ärztlichen Zwangsmaßnahme verbunden ist, einer entsprechenden ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage zur Rechtfertigung bedarf. Diese fehlte damals sowohl im Bereich des Maßregelvollzuges als auch des Betreuungsrechts. Aufgrund dessen änderte der BGH im Jahre 2012 seine Rechtsprechung[4] und verneinte mangels ausdrücklicher gesetzlicher Grundlage die Zulässigkeit einer ärztlichen Zwangsmaßnahme im Rahmen des Betreuungsrechts. Die Regelungen des Betreuungsrechts enthielten in §§ 1901, 1902, 1906 BGB keine ausreichende Eingriffsermächtigung. Nach der Entscheidung des BGH wurde seitens der Politik ein dringendes Bedürfnis gesehen, einem Betreuer die gesetzliche Befugnis einzuräumen, im Interesse des Betreuten auch gegen dessen Willen eine ärztliche Behandlung durchzusetzen.[5] Nachdem die gesetzliche Neuregelung zunächst in Ge-

[1] BT-Drucks. 11/4528, S. 147.

[2] BVerfG, FamRZ 1998, 895.

[3] BVerfG, FamRZ 2011, 1128.

[4] BGH, FamRZ 2012, 1372; dazu *Dodegge*, NJW 2012, 3694.

[5] Vgl. Anfrage der Abgeordneten Hönlinger (Bündnis 90/Die Grünen) in der 197. Sitzung des Dt. Bundestages am 17.10.2012 und Antwort der Justizministerin Leutheusser-Schnarrenberger, BT-Plenarprotokoll 17/197, S. 23745 C.

stalt eines Änderungsantrages zu einem anderen, bereits eingebrachten Gesetz beabsichtigt war.[6] wurde später eine eigenständige Vorlage eingebracht[7] und von Bundestag[8] und Bundesrat verabschiedet. Die Gesetzesänderung trat zum 26.2.2013 in Kraft,[9] regelt die betreuungsrechtliche Zwangsbehandlung in § 1906 Abs. 3, 3a BGB ausdrücklich und schafft damit die vom BVerfG und vom BGH geforderte Rechtsgrundlage sowie durch Änderungen des FamFG begleitend verfahrensrechtliche Sicherungen. Der Gesetzgeber wollte die Anforderungen der höchstrichterlichen Rechtsprechung an eine ärztliche Zwangsmaßnahme möglichst nah abbilden[10] und gleichzeitig den Forderungen der UN Behindertenrechtskonvention nach mehr Transparenz und Vereinheitlichung in der gerichtlichen Praxis gerecht werden. Da eine ärztliche Zwangsmaßnahme einen erheblichen Grundrechtseingriff beinhaltet, soll sie nur als letztes Mittel zur Abwehr einer erheblichen Selbstgefährdung des Betreuten in Betracht kommen. Die Zwangsbehandlung wird deshalb nur im Rahmen der geschlossenen Unterbringung nach § 1906 BGB zugelassen, die ihrerseits in § 1906 Abs. 2 S. 1 BGB bereits einem gerichtlichen Genehmigungsvorbehalt unterliegt.

Trotz einer eindeutigen gesetzlichen Regelung, die nach ihrer Intention lediglich die durch die geänderte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes entstandene Lücke schließen wollte, zeigt sich für die derzeitige gerichtliche Praxis ein deutliches Spannungsverhältnis auf. Dies ergibt sich daraus, dass nach den allgemeinen Bemerkungen Nr. 1 des UN - Fachausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 19.05.2014 die gesetzliche Regelung des § 1906 Abs. 3, 3a BGB mit den Regelungen der UN Behindertenrechtskonvention nicht vereinbar ist und zum anderen der BGH die gesetzlichen Regelungen zumindest insoweit, als die Zulässigkeit einer ärztlichen Zwangsmaßnahme an die geschlossene Unterbringung gekoppelt ist, als einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG und damit als verfassungswidrig ansieht. Der BGH hat diese Frage daher dem BVerfG zur Entscheidung vorgelegt.[11]

[6] BT-Drucks. 17/10492 nebst Formulierungshilfe für einen Änderungsantrag der Fraktionen der CDU/CSU und FDP.

[7] BT-Drucks. 17/11513.

[8] Dazu BT-Drucks. 17/12086: Beschluss und Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses des Bundestages; BT-Plenarprotokoll 17/217, S. 26886, und zwar unter Ablehnung zweier Entschließungsanträge der Opposition, dazu BT-Drucks. 17/12090 und 120912.

[9] BGBl. I 2013, 266.

[10] BT-Drucks. 17/11513, S. 5.

[11] BGH, FamRZ 2015, 1484.

II. Statistisches

In Deutschland waren im Jahre 2014 bundesweit 6139 betreuungsgerichtliche Verfahren mit 5745 Genehmigungen einer ärztlichen Zwangsmaßnahme anhängig.[12] In diesem Zeitraum waren 1,306 Millionen Betreuungen bei den Gerichten anhängig.

Im Bezirk des Amtsgerichtes Essen gab es in den Jahren 2013 und 2014 jeweils 45 betreuungsgerichtliche Verfahren mit 44 Genehmigungen einer ärztlichen Zwangsmaßnahme bei 7286 anhängigen Betreuungen. Nach einer tatsächlichen Untersuchung in Berlin gab es dort zwischen dem 25.02. und 15.10.2013 1700 Unterbringungen in psychiatrischen Kliniken mit zehn betreuungsgerichtlichen Verfahren und zehn Genehmigungen ärztlicher Zwangsmaßnahmen.[13] In diesen zehn Verfahren lag die Behandlungsdauer zwischen zwei und zehn Wochen. Als zu Grunde liegende Erkrankungen wurden in sieben Fällen eine Schizophrenie, in zwei Fällen schizoaffektive Psychose und einmal eine Manie aufgeführt.

III. Rechtliche Grundlagen

In § 1906 Abs. 3, 3a BGB sind die Voraussetzungen für die Genehmigung einer Einwilligung des Betreuers in eine ärztliche Zwangsmaßnahme geregelt.[14] Darüber hinaus ergeben sich aus den Grundgedanken des Betreuungsrechts, den verfassungsrechtlichen Grundsätzen und den Motiven des Gesetzgebers zusätzliche Anforderungen, die bereits vor der Einleitung eines gerichtlichen Genehmigungsverfahrens zu berücksichtigen sind.

1. Pflichten des Betreuers/Bevollmächtigten im Vorfeld

Die Regelungen zur betreuungsgerichtlichen Genehmigung einer ärztlichen Zwangsmaßnahme gelten gemäß § 1906 Abs. 5 BGB nicht nur für einen Betreuer, sondern auch für einen Bevollmächtigten, dessen Vollmacht schriftlich erteilt ist und das Recht zur Einwilligung in ärztliche Zwangsmaßnahmen ausdrücklich umfasst. Im Folgenden gelten daher die Ausführungen sowohl für Betreuer und Betreute als auch für Bevollmächtigte und Vollmachtgeber, wenngleich zur besseren Lesbarkeit jeweils nur der Betreute und der Betreuer genannt sind.

---

[12] Vgl. GÜ 2 des Bundesministeriums für Justiz und Verbraucherschutz. Aus den Bundesländern Baden-Württemberg und Brandenburg lagen allerdings keine Zahlen vor, vgl. *Deinert*, BtPrax 2016, 9, 11.

[13] *Müller*, FamRZ 2014, 173.

[14] Aus der Literatur: *Dodegge*, NJW 2013, 1265; *Grotkopp*, BtPrax 2013, 83; *Lipp*, FamRZ 2013, 913.

a. Betreuungsplan, § 1901 Abs. 4 S. 2 BGB

Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers soll zumindest ein Berufsbetreuer darauf hinwirken, dass der Betreute eine – psychiatrische – Patientenverfügung gemäß § 1901a BGB errichtet. In einer solchen Patientenverfügung kann nämlich ein einwilligungsfähiger Betreuter für den Fall seiner Einwilligungsunfähigkeit schriftlich festlegen, ob er in bestimmte, zum Zeitpunkt der Festlegung noch nicht unmittelbar bevorstehende Untersuchungen seines Gesundheitszustands, Heilbehandlungen oder ärztliche Eingriffe einwilligen oder sie untersagen will. Eine solche Patientenverfügung ist deshalb nach Vorstellung des Gesetzgebers besonders geeignet, das Selbstbestimmungsrecht des Betreuten zu achten und zu fördern.[15] Zugleich erhofft sich der Gesetzgeber, dass bei Vorliegen einer psychiatrischen Patientenverfügung die Notwendigkeit ärztlicher Zwangsmaßnahmen geringer sein wird.

In der gerichtlichen Praxis zeigen sich insoweit allerdings deutliche Defizite. Zum einen trifft die Verpflichtung einer Betreuungsplanung nur Berufsbetreuer. Zum anderen wird von dem Instrument des Betreuungsplans seitens der Gerichte nur zurückhaltend Gebrauch gemacht. Dies mag u.a. daran liegen, dass für die Anordnung der Erstellung eines Betreuungsplans nach dem Gesetz der Rechtspfleger, nicht der Richter zuständig ist.

b. Besprechungspflicht, § 1901 Abs. 3 S. 3 BGB

Der Betreuer ist verpflichtet, wichtige Angelegenheiten mit dem Betreuten zu besprechen, bevor er in diesem Bereich Entscheidungen trifft. Für den Bevollmächtigten existiert eine solche Verpflichtung nach dem Gesetz ausdrücklich nicht, sie dürfte sich allerdings als Nebenfolge aus dem zu Grunde liegenden Auftrags-/ Geschäftsbesorgungsverhältnis ergeben. Die Entscheidung über die Einwilligung einer ärztlich indizierten Maßnahme gegen den natürlichen Willen des Betreuten stellt angesichts des massiven Eingriffs in das Grundrecht der körperlichen Unversehrtheit nach Art. 2 Abs. 1 GG eine wichtige Angelegenheit dar. Es ist in der Praxis auch kaum ein Fall denkbar, in dem das Wohl des Betreuten es erfordern könnte, auf eine Besprechung zu verzichten. Die Besprechungspflicht umfasst auch die Verpflichtung, den Betreuten rechtzeitig über eine geplante ärztliche Zwangsmaßnahme zu informieren, ihm Art, Umfang und Inhalt der beabsichtigten ärztlichen Maßnahme zu erklären und möglichst verständlich zu machen. Zudem sind im weiteren Gespräch die Wünsche und der Wille des Betreuten im Hinblick auf die beabsichtigte ärztliche Maßnahme zu klären. Deshalb hat er dem Betreuten die geplanten ärztlichen Maßnahmen in leicht verständlicher, möglichst plastischer Sprache zu vermitteln und ggfs. mit Beispielen anschaulich zu beschreiben.

[15] BT-Drucks. 17/11513, S. 6.

In der gerichtlichen Praxis zeigen sich in diesem Bereich vornehmlich zwei Probleme. Zum einen tritt im Vorfeld von ärztlichen Zwangsmaßnahmen häufig ein Vertrauensverlust zwischen Betreuer und Betreuten ein. Vielfach kommt es in diesem Rahmen dazu, dass Betreute den Antrag stellen, den Betreuer auszuwechseln oder gar die Betreuung aufzuheben. Dies erschwert naturgemäß ein Gespräch zu indizierten ärztlichen Maßnahmen zwischen Betreuer und Betreuten. Zum anderen geht die Initiative zur Durchführung ärztlicher Zwangsmaßnahmen i.d.R. von den behandelnden Ärzten aus, die häufig den Betreuern einen Behandlungsvorschlag unterbreiten. Dieser Behandlungsvorschlag wird von den Betreuern mit den Ärzten nicht im Einzelnen besprochen und hinterfragt, sondern meist ohne weiteres an das Gericht weitergereicht. Meist unterbleiben auch Darlegungen dazu, aufgrund welcher Überlegungen die Einwilligung seitens des Betreuers erfolgt ist.

c. Beachtung der §§ 1901a und b BGB

Um dem Selbstbestimmungsrecht des Betreuten ausreichend Rechnung zu tragen, hat ein Betreuer vor der Erteilung der Einwilligung zu überprüfen, ob die geplante ärztliche Maßnahme dem früher erklärten freien Willen des Betreuten entspricht. Er ist nämlich an eine auf die aktuelle Situation zutreffende Patientenverfügung oder, wenn eine solche fehlt, an die Behandlungswünsche bzw. den zu ermittelnden mutmaßlichen Willen des Betreuten gebunden. Dies ergibt sich aus §§ 1901 Abs. 1, 1901a, 1901b und 1904 BGB, weshalb der Gesetzgeber – trotz anders lautender Vorschläge im Gesetzgebungsverfahren – keine entsprechende Verpflichtung in § 1906 Abs. 3 BGB aufgenommen hat. Fehlt eine wirksame Patientenverfügung ist zu prüfen, ob Behandlungswünsche bestehen. Fehlen sie auch, ist der mutmaßliche Wille zu ermitteln.[16] Maßstab für die Entscheidung ist das, was der Betroffene entschieden hätte, wenn er aktuell einwilligungsfähig wäre.

Nur wenn die geplante ärztliche Behandlung mit dem früher erklärten Willen oder dem übereinstimmt, was der Betreute einwilligen würde, wäre er aktuell nicht aufgrund seiner psychischen Krankheit oder geistigen bzw. seelischen Behinderung einwilligungsunfähig, darf der Betreuer in sie gegenüber dem behandelnden Arzt einwilligen. Zuvor war allerdings zu prüfen, ob die Einwilligung zum Wohl des Betreuten erforderlich ist und die Genehmigungsvoraussetzungen des § 1906 Abs. 3 BGB erfüllt sind. Bejaht er dies, hat er nach § 1906 Abs. 3a BGB einen Antrag auf betreuungsgerichtliche Genehmigung zu stellen.

In der gerichtlichen Praxis kommt es selten dazu, dass eine Überprüfung dahin stattfindet, ob der Betreuer seinen aus §§ 1901a und b BGB folgenden Verpflichtungen nachgekommen ist. Zum Teil wird dies auch in der Rechtsprechung des BGH nicht berücksichtigt.[17] In den Anträgen auf Genehmigung seitens der Betreu-

[16] BGH, FamRZ 2014, 1909.
[17] Vgl. etwa BGH, FamRZ 2015, 1484.

er finden sich kaum einmal Hinweise dazu, ob der Betreute eine wirksame Patientenverfügung errichtet hat, gegebenenfalls welchen Inhalt sie hat bzw. bei Fehlen einer wirksamen Patientenverfügung, ob und gegebenenfalls welche Behandlungswünsche des Betreuten vorhanden sind.

Ein weiteres praktisches Problem ergibt sich als Ausfluss der Rechtsprechung des BVerfG.[18] Das Bundesverfassungsgericht hat nämlich ausgeführt, dass sich aus dem Absetzen einer Medikation ein beachtlicher Wille in Hinblick auf die Ablehnung einer ärztlich indizierten Maßnahme, in diesem Fall Wiederaufnahme der Medikation, ergeben kann. Sofern nämlich der Betroffene noch unter dem Einfluss der Medikamente den Entschluss fasst, diese Medikamente abzusetzen, kann dies unter Umständen einen nach § 1901a BGB beachtlichen Willen manifestieren. In der Praxis sind die Fälle, in denen Betroffene Medikamente im Verlaufe der Behandlung eigenverantwortlich absetzen, nicht selten. Es lässt sich hier – zumal wenn die Erkrankung erst nach Monaten wieder ausbricht – nur selten mit der erforderlichen Sicherheit feststellen, ob der Betroffene zum Zeitpunkt des Absetzens der Medikamente über eine ausreichende Einsichts-, Urteils- und Steuerungsfähigkeit verfügte, er also einen beachtlichen Willen manifestiert hat. Im Zweifel ist davon auszugehen. Da unsere Rechtsordnung im Grundsatz davon ausgeht, dass bei volljährigen Betroffenen eine freie Willensbestimmung möglich ist, ist die Abweichung von der Regel zu beweisen.[19]

2. Definition der Zwangsbehandlung

Der Gesetzgeber definiert den Begriff der Zwangsbehandlung als medizinische Behandlung des Betreuten gegen seinen natürlichen Willen, § 1906 Abs. 3 S. 1 BGB. Einen natürlichen Willen kann auch ein einwilligungsunfähiger Betreuter bilden. Maßgeblich ist ein natürlicher Wille auch im Rahmen der Sterilisationsgenehmigung, vgl. § 1905 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB, und hinsichtlich des Vorschlags einer Person als Betreuer durch den Betreuten, vgl. § 1897 Abs. 4 S. 1 BGB. Unausgesprochen bleibt aber, in welcher Form sich ein entgegenstehender Wille manifestieren muss. Schon das BVerfG hatte nur einen Rahmen abgesteckt, indem es allein einer freien, d.h. ohne Druck, und auf der Grundlage der gebotenen ärztlichen Aufklärung erteilten Einwilligung des einwilligungsfähigen Betreuten den Charakter einer Zwangsbehandlung abspricht und andererseits für die Kundgabe der Ablehnung einer Behandlung keinen physischen Widerstand verlangt.[20] Nach der Rechtsprechung des BGH muss der Betreute einen entgegenstehenden natürlichen Willen ausdrücklich äußern, zumindest aber seinen der beabsichtigten medi-

[18] FamRZ 2015, 1589.
[19] OLG Koblenz, NZFam 2015, 383; OLG München, BtPrax 2016, 116.
[20] BVerfG, FamRZ 2011, 1128, 1129.

zinischen Maßnahme entgegenstehenden natürlichen Willen manifestieren.[21] Auch eine verdeckte Medikamentengabe erfüllt den Begriff einer Zwangsbehandlung.[22]

In der gerichtlichen Praxis verbleibt ein weiter Graubereich. So genügt ein geheimer oder innerer Vorbehalt des Betreuten nicht. Er muss seine Ablehnung äußern oder konkludent durch sein Verhalten – Weigerungshaltung – zu erkennen geben, und zwar mit einer gewissen Nachhaltigkeit. Äußert der Betroffene seinen natürlichen Willen nicht, liegt begrifflich keine Zwangsbehandlung vor. Dabei ist es unerheblich, ob der Betroffene seinen Willen nicht äußern möchte oder es überhaupt nicht kann.[23] Demzufolge handelt es sich nicht um eine Zwangsbehandlung, wenn der Betroffene die Notwendigkeit der medizinischen Maßnahme bejaht oder zumindest keinen der medizinischen Maßnahme entgegenstehenden natürlichen Willen manifestiert, er aber nicht die Notwendigkeit der Unterbringung einsieht. Der Betreuer kann hier die Unterbringung zur Untersuchung des Gesundheitszustandes, zur Heilbehandlung oder zum Zwecke des ärztlichen Eingriffes veranlassen, weil den ärztlichen Maßnahmen in diesem Fall kein Zwangscharakter zukommt. Selbst wenn der Betroffene im Vorfeld eine ärztliche Maßnahme mit natürlichem Willen ablehnt, kann eine Genehmigung der Unterbringung zur Heilbehandlung zunächst ohne gleichzeitige Genehmigung der Einwilligung in eine ärztliche Zwangsmaßnahme in Betracht kommen, wenn nicht von vornherein ausgeschlossen ist, dass der Betroffene sich in der Unterbringung behandeln lassen wird.[24] Dies birgt dann wiederum die Gefahr, dass der Betreute aufgrund der Situation der Unterbringung oder im Rahmen eines (massiven) Zuredens der Ärzte, Pflegekräfte oder Angehörigen letztlich keinen entgegenstehenden Willen zu manifestieren vermag. Der Gesetzgeber hat dies bewusst in Kauf genommen, auch wenn juristisch unklar bleibt, ob das bloße „Erdulden oder Erleiden“ der Behandlung durch den Betreuten bzw. die nicht mit ausreichender Einsichts- und Steuerungsfähigkeit abgegebene Einwilligung des Betreuten in die Behandlung rechtlich geeignet ist, der Behandlung den Charakter einer zwangsweisen Behandlung zu nehmen. Auf der anderen Seite wird man die durch den Betreuten „geduldete ärztliche Behandlung“ trotz der äußeren Einflüsse durch die erfolgte Unterbringung bzw. des Zuredens Dritter juristisch nicht als Zwangsmaßnahme definieren, solange sie unter vollständiger und ausreichender Aufklärung des Betreuten hinsichtlich der ärztlich indizierten Maßnahme erfolgt. Das muss selbst dann gelten, wenn die ärztliche Aufklärung unzureichend ist oder gar missverstanden wird.

---

[21] BGH, FamRZ 2012, 1366, 1368 und FamRZ 2012, 1634, 1634f.

[22] LG Lübeck, BtPrax 2014, 282.

[23] BT-Drucks. 17/11513, S. 7.

[24] BGH, FamRZ 2012, 1634, 1634f.

3. Behandlungs- und Unterbringungsort

Eine ärztliche Zwangsmaßnahme ist nur bei Betroffenen zulässig, die nach § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB untergebracht sind.[25] Aufgrund der Koppelung der Zwangsbehandlung an die Unterbringung nach § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB sieht der BGH die derzeitige Gesetzesregelung als verfassungswidrig an.[26] Sie schließe Betroffene, die sich einer Unterbringung räumlich nicht entziehen wollen und/oder (körperlich) nicht können, mangels Erforderlichkeit einer Unterbringungsgenehmigung von der Möglichkeit einer ärztlichen Zwangsbehandlung zu ihrem Wohl aus.

Nicht allein deshalb herrscht in der gerichtlichen Praxis Unsicherheit darüber, wo eine ärztliche Zwangsmaßnahme durchgeführt werden darf. Nach dem Gesetzeswortlaut und den Gesetzesmotiven sowie der herrschenden Rechtsprechung kann man davon ausgehen, dass eine ärztliche Zwangsbehandlung auch in geschlossenen Einrichtungen erfolgen kann, die kein Krankenhaus sind, sofern ihre Durchführung unter der Verantwortung und Aufsicht eines Arztes sichergestellt ist.[27]

Eine weitere Problematik ergibt sich in diesem Zusammenhang daraus, dass Gegenstand einer ärztlichen Zwangsmaßnahme auch die zwangsweise Behandlung einer somatischen Erkrankung sein kann. Der Gesetzgeber hatte indes bei der Neuregelung der betreuungsrechtlichen Einwilligung in ärztliche Zwangsmaßnahmen vornehmlich die zwangsweise Gabe von Psychopharmaka im Blick und weniger zwangsweise ärztliche Behandlungen von Begleiterkrankungen. Der Gesetzgeber ging offenbar davon aus, dass die psychiatrische Behandlung den Weg für die erforderliche somatische Behandlung frei macht.[28] In der Praxis halten sich allerdings im Genehmigungsverfahren die zwangsweise Behandlung von somatischen Erkrankungen und die zwangsweise Gabe von Psychopharmaka die Waage. Da somatische Kliniken nun aber nicht über geschlossene Abteilungen verfügen, können diese Behandlungen dort nicht im Rahmen einer Unterbringung erfolgen. Psychiatrische Kliniken ihrerseits werden aufgrund der derzeitigen gesetzlichen Lage mit Patienten belastet, die nicht (vorrangig) psychiatrisch behandlungsbedürftig sind. Bei der tatsächlichen Umsetzung der Behandlung von somatischen Erkrankungen hat sich die klinische und gerichtliche Praxis weitgehend damit beholfen, den Betreuten nach § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB unterzubringen, die Einwilligung des Betreuers in eine – vom Betreuten mit natürlichem Willen abgelehnte – somatische Behandlung nach § 1906 Abs. 3, 3a BGB rechtswirksam zu genehmigen und aus der Unterbringung heraus die somatische Behandlung des Betreuten

[25] BT-Drucks. 17/10492, S. 6; offen gelassen von BGH, FamRZ 2015, 1484.

[26] BGH, FamRZ 2015, 1484.

[27] LG Bonn, FamRZ 2015, 1132; LG Augsburg, FamRZ 2014, 134; *Dodegge*, BtPrax 2015, 185, 188; a.A. LG Lübeck, BtPrax 2014, 282.

[28] Vgl. *Silberhorn*, Deutscher Bundestag, Stenographischer Bericht der 217. Sitzung vom 17.1.2013, S. 26880.

vornehmen zu lassen, ggfs. außerhalb der Unterbringungseinrichtung mit besonderen Sicherungsmaßnahmen.[29] Pate gestanden haben für diese Vorgehensweisen die Erfahrungen aus dem Umgang mit den Landesunterbringungsgesetzen. Diese ermöglichen es der Unterbringungseinrichtung nämlich, den Untergebrachten zu beurlauben. Dies wird dazu genutzt, den Beurlaubungszeitraum für eine somatische Behandlung in einem offenen Krankenhaus zu nutzen.[30] Eine solche Vorgehensweise ist auch im Betreuungsrecht mit dem Gesetzeswortlaut zu vereinbaren, da dieser in § 1906 Abs. 3 Nr. 3 BGB nur verlangt, dass die ärztliche Zwangsmaßnahme im Rahmen der Unterbringung nach Absatz 1 zum Wohl des Betreuten erforderlich ist. Zudem ist anerkannt, dass eine Unterbringungsgenehmigung ihre Wirksamkeit nicht durch eine kurzzeitige Verlegung auf eine offene Station oder eine probeweise Entlassung zur Belastungserprobung verliert.[31] Zum Teil wird die Auffassung vertreten, dass durch sonstige Vorkehrungen für den Betroffenen auch auf offenen Krankenhausstationen im Einzelfall der Unterbringungsbegriff ausgefüllt sein kann. Dies widerspricht indes dem vom BGH entwickelten und vom Gesetzgeber gebilligten engen Unterbringungsbegriff.

4. Wirksame Unterbringungsgenehmigung

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ist es nicht ausreichend, wenn der Betreute nach § 1906 Abs. 1 Nr. 1 BGB zur Abwehr einer Eigengefährdung untergebracht worden ist.[32] Soll eine ärztliche Zwangsmaßnahme genehmigt werden, bedarf es einer Unterbringung zur Durchführung einer Heilbehandlung nach § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB.[33] Die Genehmigung einer Unterbringung zur Heilbehandlung nach § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB kommt nach der Rechtsprechung des BGH nur in Betracht, wenn die medizinische Maßnahme als solche notwendig ist und die freiheitsentziehende Unterbringung ihrerseits auch zur Durchführung der medizinischen Maßnahme, die zudem Erfolg versprechen muss, erforderlich ist. Eine Erforderlichkeit besteht in diesem Sinne nur dann, wenn der Betroffene sich ohne die freiheitsentziehende Unterbringung der erforderlichen medizinischen Maßnahme räumlich, sprich durch Fernbleiben oder Weglaufen, entzieht.[34] Umgekehrt begründet die Erforderlichkeit einer medizinischen Maßnahme ebenso wie die Erforderlichkeit, den dieser Maßnahmen entgegenstehenden Willen des Betroffenen zu brechen, für sich noch keine Notwendigkeit, den Betroffenen mit

[29] Dies spiegelt sich auch im E-Mail Verteiler des Werdenfelser Weges wieder.

[30] Zur Zulässigkeit dieses Vorgehens, vgl. etwa *Dodegge/Zimmermann*, PsychKG NRW, 3. Auflage, § 25, Rn. 2.

[31] *Dodegge/Roth*, Systematischer Praxiskommentar Betreuungsrecht, 4. Auflage, Teil G, Rn. 177 m.w.N.

[32] BGH, FamRZ 2015, 1484, 1487.

[33] BGH, FamRZ 2014, 3301.

[34] BGH, FamRZ 2015, 1484 und FamRZ 2008, 866.

Freiheitsentzug unterzubringen. Weiter darf von vornherein zumindest nicht ausgeschlossen ist, dass sich der Betreute in der Unterbringung behandeln lassen wird. Mit anderen Worten darf also entweder der natürliche Wille des Betreuten der beabsichtigten Behandlung nicht entgegenstehen oder aber es müssen die Voraussetzungen für die Einwilligung in eine ärztliche Zwangsmaßnahme im Sinne des § 1906 Abs. 3 BGB vorliegen und die Einwilligung muss rechtswirksam genehmigt sein.

Für die Praxis ergibt sich daraus eine Reihe von Problemen. Zum einen können Betreute, die freiwillig in geschlossener Behandlung sind und damit ihr Selbstbestimmungsrecht in gesundheitlichen Fragen ausüben, sich gegenüber der ärztlichen Behandlung als kooperativ zeigen und damit den Therapieerfolg günstig gestalten, nicht geschlossen untergebracht werden. Kommt es im Verlaufe der stationären Behandlung zu der Notwendigkeit, ärztliche Behandlungen durchzuführen, die vom Betreuten mit natürlichem Willen abgelehnt werden, gestaltet sich das weitere Vorgehen als problematisch. Ohne Genehmigung der geschlossenen Unterbringung zur Heilbehandlung kann nämlich keine ärztliche Zwangsmaßnahme durchgeführt werden. Die geschlossene Unterbringung ihrerseits ist nur möglich, wenn festgestellt wird, dass die bisherige Freiwilligkeitserklärung nicht tragfähig ist, etwa weil der Betreute nunmehr keine ausreichende Behandlungseinsicht mehr zeigt. Mit der Genehmigung der Unterbringung wird allerdings das Selbstbestimmungsrecht des Betreuten massiv begrenzt und in der Praxis zeigen sich häufig als unerwünschte Nebenfolge massive Beeinträchtigungen im Kooperationswillen des Betreuten, was häufig die weitere Behandlung belastet und erschwert. Ähnliche Probleme treten auf, wenn der Betreute sich der Unterbringung nicht entzieht und er auch keinen Entziehungswillen aufweist. Nach derzeitiger Rechtslage kann einem solchen Betreuten Schutz und Hilfe durch die Ermöglichung einer zwangsweisen Behandlung nicht gewährt werden. Diese Rechtslage erachtet der BGH als Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG und hat deshalb das Verfahren dem BVerfG zur Entscheidung dieser Frage vorgelegt.[35] Eine letzte problematische Konstellation betrifft die Betreuten, die aktuell nicht untergebracht sind und im Vorfeld bereits mit natürlichem Willen die geplante ärztliche Maßnahme abgelehnt haben. Nach der Rechtsprechung des BGH[36] kann in einer solchen Fallkonstellation eine Genehmigung nach § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB zur Unterbringung nur erfolgen, wenn zugleich rechtswirksam eine Genehmigung nach § 1906 Abs. 3 BGB erteilt worden ist. Letzteres erfordert allerdings, dass im Rahmen der geschlossenen Unterbringung erfolglos versucht wurde, eine Therapieeinwilligung zu erzielen. Da der Betreute noch nicht untergebracht ist, kann der Therapieversuch nicht durchgeführt werden und eine Genehmigung der zwangsweisen ärztlichen Behandlung nicht erfolgen. Das führt wiederum dazu, dass eine

[35] BGH, FamRZ 2015, 1484.
[36] FamRZ 2014, 3301.

Unterbringungsgenehmigung zur Heilbehandlung nicht erfolgen kann. Auch in diesem Fall bliebe der Betreute unbehandelt.

5. Einwilligungsunfähigkeit

Der Betreute muss hinsichtlich der geplanten ärztlichen Maßnahme einwilligungsunfähig sein, da mit der ärztlichen Zwangsmaßnahme ein über die Unterbringung hinausgehender Grundrechtseingriff erfolgt.[37] Die Einwilligungsunfähigkeit muss sich darauf beziehen, das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit selbstbestimmt wahrzunehmen. Dabei genügt das Abweichen von den durchschnittlichen Präferenzen nicht, um das Vorliegen eines freien Willens auszuschließen.[38]

Zu einer zeitweisen Einschränkung der Einwilligungsfähigkeit kann es bei Betreuten mit schweren psychischen Erkrankungen, etwa schweren rezidivierenden Depressionen, Manien, Essstörungen oder Schizophrenien, mit geistiger Behinderung, etwa bei herausforderndem Verhalten oder in Kombination mit zusätzlicher psychischer Erkrankung, oder mit neurologischen und anderen Erkrankungen, die die Funktion des Gehirns beeinträchtigen, etwa akuter Meningoenzephalitis oder postoperativ auftretenden psychischen Störungen bzw. deliranten Syndromen, kommen. Eine dauerhafte Aufhebung der Einsichtsfähigkeit kann mit dem Krankheitsbild der fortgeschrittenen Demenz, der frontalen traumatischen Hirnschädigung oder des Schlaganfalls einhergehen.[39]

Einwilligungsunfähigkeit besteht, wenn die Einsichtsfähigkeit des Betreuten und/oder dessen Fähigkeit, danach handeln zu können, die sogenannte Steuerungs- bzw. Handlungsfähigkeit, fehlen. Einsichtsfähigkeit setzt die Fähigkeit des Betreuten voraus, das Vorliegen einer Erkrankung und die ärztlichen Möglichkeiten ihrer Behandlung zu erkennen. Weiter muss er im Grundsatz die für bzw. gegen die geplante ärztliche Maßnahme sprechenden Gesichtspunkte erfassen und miteinander abwägen können. Der Betreute muss dabei seine krankheitsbedingte Defizite im Wesentlichen zutreffend einschätzen können und es darf nicht krankheitsbedingt zu selbstschädigenden Fehlreaktionen kommen.[40] Kann der Betreute in akuten Krankheitsphasen demzufolge Informationen nicht mehr rational, sondern nur noch paranoid verarbeiten, fehlt ihm die Einsichtsfähigkeit.[41] Gleiches gilt, wenn der Betreute unter extremen Störungen des Kurzzeitgedächtnisses leidet,[42] bei ihm keine Krankheits- und Behandlungseinsicht besteht[43] oder er de-

[37] BT-Drucks. 17/11513, S. 7.

[38] BVerfG, FamRZ 2015, 1589.

[39] Stellungnahme Hauth im Rechtsausschuss des Bundestages am 10.12.2012, vgl. http://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Downloads/DE/Bibliothek/Gesetzesmaterialien/17_wp/Betreuungsr_Einwilligung/wortproto.pdf?__blob=publicationFile (zuletzt abgerufen am: 21.3.2016).

[40] OLG Hamm, FGPrax 2009, 111.

[41] OLG Schleswig, FGPrax 2010, 32.

[42] BGH, FamRZ 2011, 630.

menzbedingt keinen eigenen Willen bekunden kann.[44] Steuerungs- bzw. Handlungsfähigkeit meint, dass der Betreute in der Lage sein muss, die von ihm mit ausreichender Einsicht getroffene Entscheidung umzusetzen.[45] Diese Fähigkeit ist krankheitsbedingt aufgehoben, wenn der Betreute unter dem Einfluss akustischer Halluzinationen steht, denen er nach eigenen Angaben nichts entgegen setzen kann,[46] die Erkrankung mit einer Ambivalenz,[47] einer erheblichen Suggestibilität einhergeht oder eine Erkrankung vorliegt, innerhalb derer keine rationalen Entscheidungen möglich sind, weil die Erkrankung dazu führt, dass der Betreute allein von seinen Gefühlen gelenkt wird.[48]

In der gerichtlichen Praxis zeigen die eingeholten Gutachten und die Genehmigungsbeschlüsse der Betreuungsgerichte deutliche Defizite bei der Darlegung von Tatsachen, die das Fehlen der freien Willensbestimmung belegen. Das BVerfG[49] und der BGH[50] haben wiederholt beanstandet, dass seitens der Gerichte lediglich eine unzureichende Sachverhaltsermittlung erfolgt ist und den Sachverständigen oft keine konkreten Anknüpfungspunkte zur sachverständigen Würdigung hinsichtlich der Möglichkeit einer freien Willensbestimmung übermittelt werden.

6. Vorheriger Versuch zur Erzielung einer Therapieeinwilligung

Vor Genehmigung der Einwilligung muss intensiv versucht worden sein, den Betreuten von der Notwendigkeit der ärztlichen Maßnahme zu überzeugen. Nach der Rechtsprechung des BGH[51] handelt es sich insoweit um eine materielle Genehmigungsvoraussetzung. Nötig ist nach erfolgter Unterbringung ein ernsthafter, mit angemessenem, also ausreichendem Zeitaufwand und ohne Druckausübung vorgenommener Versuch der Ärzte, bei dem Betreuten ein Therapieverständnis nebst -einwilligung zu erreichen.[52] Diese Grundsätze gelten auch für den Fall der wiederholten ärztlichen Zwangsbehandlung.[53] Zwar trifft bereits den Betreuer nach § 1901 Abs. 3 S. 3 BGB eine Verpflichtung, die geplante ärztliche Zwangsmaßnahme mit dem Betreuten zu besprechen. Dennoch soll dem Betreuten nochmals

[43] OLG München, FGPrax 2007, 267.
[44] KG, FamRZ 2010, 835.
[45] OLG Hamm, FGPrax 2009, 111.
[46] OLG München, FGPrax 2007, 43.
[47] Zeitgleiches Auftreten widersprüchlicher Gefühle mit der Unfähigkeit, sich nachhaltig zu entscheiden.
[48] Etwa im Rahmen einer emotional instabilen Persönlichkeitsstörung vom Borderline-Typ, ICD 10: F60.31.
[49] FamRZ 2015, 1588 zum Thür. Maßregelvollzug.
[50] FuR 2015, 726; FamRZ 2014, 647.
[51] FamRZ 2014, 1358.
[52] BGH, FamRZ 2014, 1358.
[53] LG Lübeck, BtPrax 2014, 282.

die geplante ärztliche Maßnahme nebst ihren Wirkungen entsprechend seinen Verständnismöglichkeiten erläutert werden. Auch wenn ein einwilligungsunfähiger Betroffener nicht wirksam ärztlich aufgeklärt werden kann, soll er nicht über das Ob und Wie der ärztlichen Behandlung im Unklaren bleiben.[54] Zudem belegen ärztliche Berichte, dass in der Praxis durch die Ärzte nach erfolgter Unterbringung sehr häufig ein einvernehmliches Zusammenwirken zur Behandlung erzielt werden kann, der Betreute also seinen natürlichen Willen so ändert, dass er nicht mehr gegen die geplante ärztliche Maßnahme gerichtet ist. In der ärztlichen Praxis wird von erfolgreichem Einwirken durch geduldiges Verhandeln, „Dabei-sein" bzw. permanentes Gespräch zwischen Arzt, Betreutem, Betreuer und Angehörigen berichtet.[55] Erst wenn ein Arzt nach intensiven Bemühungen kein Therapieverständnis beim Betreuten erreichen kann, wird er aus seiner fachlichen Sicht abzuwägen haben, ob die geplante ärztliche Maßnahme auch unter Anwendung von Zwang indiziert ist, um zum Wohl des Betreuten ein bestimmtes Behandlungsziel zu erreichen. Bejaht der Arzt dies, sind die weiteren Voraussetzungen des § 1906 Abs. 3 S. 1 BGB zu prüfen.[56]

In der Praxis ist bislang nicht geklärt, wie der Überzeugungsversuch im Einzelnen auszugestalten ist. In einer ersten Entscheidung hatte der BGH[57] davon gesprochen, dass der Zeitpunkt, der äußere Rahmen, die Beteiligten, der Umfang sowie der Inhalt eines jeden Überzeugungsversuches konkret in der Genehmigungsentscheidung darzulegen sind. In einer späteren Entscheidung ließ der BGH es ausreichen, dass innerhalb der zweimal pro Woche stattfindenden Visiten durch den Stations- und Oberarzt versucht worden ist, dem Betreuten die Sinnhaftigkeit, die Notwendigkeit und die Gründe der Behandlung zu vermitteln. Unklar ist, ob bei den einzelnen Gesprächen jeweils nur der Betreute und die behandelnden Ärzte anwesend sein müssen, oder ob auch andere Beteiligte hinzuzuziehen sind. Im Gesetzgebungsverfahren war darauf hingewiesen worden, dass im Rahmen dieser Gespräche durchaus auch Betreuer und Angehörige hinzuzuziehen sind. Seitens der Ärzte bestehen in der Praxis deutliche Vorbehalte in Hinblick auf die Hinzuziehung von Angehörigen, da sie sich aufgrund ihrer ärztlichen Schweigepflicht gehindert sehen, diesen Personen Einblick in das Krankheits- und Behandlungsbild zu geben. Darüber hinaus ist bislang nicht geklärt, welche inhaltlichen Anforderungen an einen Überzeugungsversuch zu stellen sind.

[54] BVerfG, FamRZ 2011, 1128, 1131f.
[55] *Zinkler*, Psychosoziale Umschau (PSU) 2013, 24.
[56] Abgeordneter *Silberhorn*, BT-Plenarprotokoll 17/217, S. 26880.
[57] FamRZ 2014, 1358.

7. Zur Abwehr eines erheblichen gesundheitlichen Schadens

Die ärztliche Zwangsmaßnahme muss im Rahmen der Unterbringung zum Wohl des Betreuten erforderlich sein, um einen drohenden, erheblichen gesundheitlichen Schaden abzuwenden. Bei der Prognoseentscheidung kann einfließen, inwieweit die Erkrankung die Willensbildungs- und Steuerungsfähigkeit des Betreuten beeinflusst. Je länger der erwartete erhebliche Gesundheitsschaden andauern wird, desto gewichtiger wird er sein. Das gilt umso mehr, wenn irreversible Schäden zu erwarten sind. Dabei kann auch auf die Situation abgestellt werden, die sich im Fall der Entlassung ergäbe. Ein schwerer gesundheitlicher Schaden wird bei Unterlassen einer Medikation drohen, wenn der Betroffene wegen krankheitsbedingter Eigengefährdung längerfristig untergebracht bleiben muss, unfähig bleibt am sozialen Leben teilzunehmen und einen Leidensdruck verspürt.[58] Für die Frage, ob ein erheblicher gesundheitlicher Schaden vorliegt, kann zudem auf die bisherige Rechtsprechung zu § 1906 Abs. 1 Nr. 1 BGB zurückgegriffen werden. Demnach muss der drohende gesundheitliche Schaden einen derartigen Schweregrad erreichen, dass ein Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht hinsichtlich der körperlichen Integrität gerechtfertigt erscheint.[59] Der gesundheitliche Schaden muss allerdings – anders als in § 1904 BGB – nicht längerfristig andauern. Als erheblicher gesundheitlicher Schaden sind von der Rechtsprechung etwa qualifiziert worden:

- Krankheitsbedingte Durchführung von suizidalen bzw. parasuizidalen Handlungen, die zum Tod oder zu irreversiblen Gesundheitsschäden führen.[60]
- Das Vorliegen eines Krankheitsbildes mit einer Wahnsymptomatik, einem Aggressionspotential und einer Realitätsverkennung, das bei entsprechender situativer Zuspitzung zu suizidalen Handlungen führt.[61]
- Die dauerhafte Schädigung des Magen-Darm-Traktes und der Knochensubstanz bzw. der Eintritt einer lebensbedrohlichen Situation bei Ablehnung einer Nahrungsaufnahme durch eine magersüchtige Betroffene[62] bzw. Eintreten eines Body-Maß-Index von unter 13, da dann jederzeit ein Mangelzustand bei akuter Lebensgefahr eintreten kann.[63]
- Die nachhaltige Nahrungsverweigerung aufgrund eines Vergiftungswahns.[64] Die krankheitsbedingte Ablehnung einer Diabetesbehandlung

[58] LG München II, FamRZ 2014, 418.

[59] BVerfG, FamRZ 2015, 1589.

[60] OLG Brandenburg, FamRZ 2007, 1127.

[61] BGH, FamRZ 2013, 289.

[62] OLG Schleswig, FamRZ 2002, 984.

[63] OLG München, MedR 2006, 105: Eintritt eines hypoxischen Hirnschadens.

[64] OLG Brandenburg, BtPrax 2007, 224. Der Abgeordnete Thomae nennt die wahnhafte Verweigerung einer lebensnotwendigen Dialyse, vgl. BT-Plenarprotokoll 17/217, S. 26877; der Abgeordnete Silberhorn die wahnhafte Ablehnung der Blinddarm-OP, S. 26880; der Abgeordnete Henke nennt das Beispiel einer Magersüchtigen und eines Patienten mit einer Cortison bedingten Psychose, der

mit der konkreten Gefahr eines Komas, die konkrete Gefahr der Selbstverstümmelung bzw. Gifteinnahme.[65]

- Das Heraufbeschwören eines gesundheitlichen Rückfalls durch Ablehnung der Einnahme der zur Behandlung erforderlichen Medikamente, was zu einer Chronifizierung mit der Notwendigkeit dauerhafter stationärer Behandlung bzw. einem Leben in beschützter Umgebung bei Verlust der sozialen Kompetenzen[66] oder zum Eintreten psychischer Defekte wie Intelligenzminderung oder Wesensänderung führen würde. Auch bei bereits eingetretener Chronifizierung kann eine weitere Verschlimmerung mit irreversiblen Folgen drohen, wenn es in der Vergangenheit bei vergleichbarer Krankheitssituation ernsthafte Suizidversuche gegeben hat.[67]

Dagegen genügen weniger gewichtige Schäden, etwa die Verweigerung einer Behandlung und Medikamenteneinnahme mit der unbestimmten Gefahr eines Krankheitsrückfalls[68] oder die Verlängerung einer manischen Phase,[69] nicht.

8. Fehlen einer Alternative zu der geplanten ärztlichen Maßnahme

a. Behandlungsalternative

Es darf keine aus der Sicht des Betreuten zumutbare Behandlungsalternative geben, die das Behandlungsziel ebenso gut wie die geplante ärztliche Zwangsmaßnahme herbeizuführen vermag. Denkbar sind - sofern vorhanden - Angebote wie das sogenannte weiche Zimmer, das Festhalten durch das Pflegepersonal, das Home Treatment oder Begleitung durch Kriseninterventionsstellen. Eine Behandlung gemäß den Behandlungsleitlinien der Deutschen Gesellschaft für Psychiatrie soll zumutbar sein.[70] Entscheidend ist soweit immer die Sicht des Betreuten.

Die Praxis zeigt indes, dass im Einzelfall letztlich das entscheidend ist, was konkret vor Ort vorhanden und umsetzbar ist. Die Monitoringstelle zur UN-BRK bemängelt zu Recht die fehlende Fortentwicklung der psychiatrischen Versorgung zur Vermeidung von Zwangsbehandlungen. Insbesondere wird das Fehlen der Psychoedukation (Informationsvermittlung für Patienten) und der ambulanten sozialpsychiatrischen Nachsorge – jeweils als Prophylaxe – bemängelt. Die Rechtsprechung[71] verlangt bislang, dass weniger eingreifende Mittel konkret aufzuführen

---

wahnbedingt massiv eigengefährdendes Verhalten zeigt, eine rasch wirkende Medikation aber ablehnt, S. 26884.

[65] OLG Hamm, NJW 1976, 378.

[66] OLG Schleswig, BtPrax 2003, 223.

[67] OLG München, FamRZ 2005, 445.

[68] OLG Brandenburg, BtPrax 2007, 214; OLG Saarbrücken, BtPrax 1997, 2002.

[69] OLG München, FamRZ 2005, 445.

[70] LG Augsburg, FamRZ 2014, 1734 (L).

[71] BVerfG, FamRZ 2015, 1589.

sind und darzulegen ist, warum sie im Einzelfall unzureichend sind und stattdessen eine ärztliche Zwangsmaßnahme durchgeführt werden muss.

b. Risiko-Nutzen-Abwägung

Der zu erwartende Nutzen der ärztlichen Zwangsmaßnahme muss die zu erwartenden Beeinträchtigungen deutlich überwiegen („ultima ratio"). Die Belastung des Betreuten durch eine ärztliche Zwangsmaßnahme darf nicht außer Verhältnis zu dem Nutzen der ärztlichen Zwangsmaßnahme stehen. Je schwerwiegender der Eingriff ist, etwa durch das mit ihm einhergehende Gefühl der Entwürdigung bzw. Traumatisierung oder in Hinblick auf unerwünschte Nebenwirkungen, desto deutlicher muss der Nutzen für den Betreuten hervortreten und die bei ihm eintretenden Nachteile wesentlich übersteigen. Unangenehme Nebenwirkungen sind im Gegensatz zu gefährlichen oder vital bedrohlichen eher zu vernachlässigen, wenn das Medikament in der Vergangenheit bereits zu einer Verbesserung des Gesundheitszustandes geführt hatte.[72] Bei einem langen und ungünstig gebliebenen Behandlungsverlauf bedarf es detaillierter und nachvollziehbarer Darlegungen dazu, warum eine nunmehr vorgeschlagene Medikation gegen den Willen des Betroffenen noch Erfolg versprechen soll.[73] Ein Behandlungsoptimismus, der sich im Durchprobieren erschöpft, genügt nicht.

An Belastungen sind etwa zu beachten:

- Bekannte oder in der Fachpresse beschriebenen Nebenwirkungen oder Langzeitwirkungen, vgl. etwa die „Rote Liste". In der Praxis zeigt sich hier allerdings, dass die vielfältigen beschriebenen Nebenwirkungen im Einzelfall kaum abzuarbeiten sind, zumal wenn es um die Gabe verschiedener Medikamente geht.
- Negative Erfahrungen aus der Vorbehandlung.
- Das Gefühl der Entwürdigung und/oder der Traumatisierung beim Betreuten.
- Das Maß der erforderlichen körperlichen Gewalt zur Durchsetzung der ärztlichen Maßnahme.
- Ob und in welchem Umfang das Vertrauensverhältnis des Betreuten zu den Ärzten leidet.

An Nutzen für den Betreuten kann auf der anderen Seite das berücksichtigt werden, was es an positiven Erfahrungen aus einer Vorbehandlung gibt. Darüber hinaus kann – als besonders gewichtiges Argument – die Eignung der Behandlung

[72] LG München II, FamRZ 2014, 418.
[73] OLG Stuttgart, FamRZ 2014, 1886 (L).

berücksichtigt werden, die Einsichts- und Steuerungsfähigkeit des Betreuten wieder herzustellen.

9. Beispiel eines Behandlungsangebotes

In einem konkreten Fall war dem Betreuten, der an einer seit langem bekannten Schizophrenie leidet und akut erkrankt war, eine Festmedikation mit den Medikamenten Olanzapin in einer Tagesdosis von 20 mg und Flupenthixol in einer Tagesdosis von 10 mg angeboten worden. Bedarfsweise wurde die Medikation mit Pipamperon bis zu einer Tagesdosis von 120 mg und Lorazepam bis zu 3 mg am Tag zur Abmilderung von Erregungsdurchbrüchen im Rahmen der nicht gewünschten Behandlung für ärztlich indiziert erachtet. Bei Verweigerung einer oralen Medikation wurde das Medikament Beperidol in einer Tagesdosis von 32 mg intravenös für erforderlich erachtet. Sollte bei dem Betreuten ein schlechter Venenstatus vorhanden sein, wurde als weitere Alternative das Medikament Halperidol in einer Tagesdosis von bis zu 30 mg intramuskulär angegeben. Schließlich wurden die Weiterführung einer somatischen Medikation und – zur begleitenden Kontrolle der psychiatrischen Medikation – regelmäßige Blutabnahmen und EKG Kontrollen für erforderlich erachtet.

In der Praxis ergibt sich allein aus der Gabe des Medikamentes Olanzapin eine Vielzahl von in der Fachpresse beschriebenen und erwünschten Nebenwirkungen. Bei mehr als 1 von 10 Behandelten – dies stellt eine sehr häufige Nebenwirkung dar – treten Schläfrigkeit oder extreme Müdigkeit auf. Es kommt zu einer Gewichtszunahme und zu einer vorübergehenden Erhöhung des Prolaktinspiegels, d.h. ein für die Milchproduktion und die Milchabsonderung verantwortliches Hormon wird im Körper tätig. Sehr selten kommt es dann zu Vergrößerungen der Brust bei Männern und Frauen sowie einer Milchabsonderung. Bei mehr als 1 von 100 Behandelten kommt es zu einer Erhöhung der Anzahl bestimmter weißer Blutkörperchen, Schwindelgefühl, Ruhelosigkeit, Zittern, Muskelsteifigkeit oder Muskelkrämpfen, ungewöhnlichen Bewegungen, Verstopfung, Mundtrockenheit, Zunahme des Appetits, erhöhten Cholesterinwerten, erhöhten Zuckerwerten in Blut und Urin und erhöhten Blutfettwerten. Beim Aufstehen aus liegender oder sitzender Position kann es zu Schwindel und Ohnmacht kommen aufgrund von Blutdruckabfall. Der Patient kann sich schwach und müde fühlen und es kommt bei ihm zu Wassereinlagerungen, Schwellungen der Hände, der Knöchel oder der Füße. Schließlich kann zu Beginn der Behandlung eine Erhöhung bestimmter Leberwerte (Transaminasen) eintreten. Bei mehr als 1 von 1000 Behandelten kann es zur Abnahme der Anzahl der weißen Blutkörperchen kommen. Ein langsamer Herzschlag kann sich einstellen und es sind Veränderungen im EKG möglich. Auch ist das Entstehen von Blutgerinnung, Haarausfall und Harninkontinenz beobachtet worden.

Andere mögliche Nebenwirkungen, deren Häufigkeit nicht abschätzbar ist, sind Herzrhythmusstörungen, plötzlicher ungeklärter Tod, Krampfanfälle, malig-

nes neurologisches Syndrom, Lebererkrankungen, Augenkrämpfe, Veränderungen des Muskeltonus, Schwierigkeiten beim Wasserlassen, verlängerte oder schmerzhafte Erektion, Muskelerkrankungen sowie unwillkürliche Bewegungen der Zunge, der Lippen, des Gesichts, des Rumpfes und der Gliedmaßen. Schließlich sind bei älteren Patienten mit Demenz eine erhöhte Neigung zu Schlaganfall, Lungenentzündung, Harninkontinenz, Stürzen, extremer Müdigkeit, optischen Halluzinationen und Schwierigkeiten beim Gehen sowie einige Todesfälle berichtet worden.

In gerichtlichen Entscheidungen finden sich nur sehr selten Darlegungen zu den bekannten Nebenwirkungen im Hinblick auf geplante Medikamentengaben, ärztliche Eingriffe oder Behandlungsmaßnahmen.

10. Verfahrensrechtliche Probleme der gerichtlichen Praxis

Auch im Verfahrensrecht zeigen sich in der gerichtlichen Praxis in einigen Bereichen schwerpunktmäßige Probleme.

a. Ärztliches Zeugnis – Gutachten

Nach §§ 321 Abs. 1 S. 1, 30 Abs. 1, 2 FamFG hat das Betreuungsgericht vor der Entscheidung in der Hauptsache über die Genehmigung einer betreuungsrechtlichen Einwilligung in eine ärztliche Zwangsmaßnahme in einem förmlichen Beweisverfahren ein Gutachten einzuholen.

In der gerichtlichen Praxis lässt sich feststellen, dass die Gerichte entgegen der gesetzlichen Wertung ärztliche Stellungnahmen in schriftlicher Form oder im Rahmen einer Anhörung ohne vorherige förmliche Beauftragung eines Gutachtens zugrunde legen.[74] Zum Teil werden auch Gutachten zu Grunde gelegt, die sich zu der Frage einer geschlossenen Unterbringung verhalten, nicht aber ausdrücklich zu der Frage der Genehmigung einer ärztlichen Zwangsmaßnahme.

Letztlich werden im Verfahren auf die einstweilige Genehmigung einer ärztlichen Zwangsmaßnahme zum Teil ärztliche Zeugnisse verwertet, die nicht aktuell sind bzw. keine konkreten Anknüpfungstatsachen benennen.[75]

b. Person des Sachverständigen

Um eine sachgerechte gerichtliche Entscheidung im Verfahren auf die Genehmigung einer Einwilligung in eine ärztliche Zwangsmaßnahme zu gewährleisten, soll das Gericht nach § 321 Abs. 1 S. 5 FamFG nicht den zwangsbehandelnden Arzt als Sachverständigen auswählen. Mit diesem sogenannten Vier-Augen-Prinzip[76] will

[74] BGH, FamRZ 2015, 2050 und 1706.

[75] BVerfG, FamRZ 2015, 1589.

[76] *Dodegge*, NJW 2013, 1265, 1269.

der Gesetzgeber eine unabhängige Überprüfung der angestrebten ärztlichen Zwangsmaßnahme durch einen Arzt, der nicht in die Behandlung des Betreuten eingebunden ist, erreichen. Zudem erhofft er sich, dass der Betreute im Rahmen der Begutachtung doch noch die Behandlung akzeptieren könnte. Soweit der Gesetzgeber die Vorschrift als Sollvorschrift ausgestaltet hat, wollte er damit den Problemen der gerichtlichen Praxis, geeignete Sachverständige zu finden, Rechnung tragen. Nach der gesetzgeberischen Wertung ist von der Ausnahmeregelung nur restriktiv Gebrauch zu machen. Nur in atypischen Ausnahmefällen kann der zwangsbehandelnde Arzt als Sachverständiger ausgewählt werden.

In der gerichtlichen Praxis werden trotzdem die behandelnden Ärzte als Sachverständige bestellt, ohne dass die Abweichung von der gesetzlichen Regel seitens der Gerichte begründet wird.[77]

c. Dauer der Genehmigung

§ 329 Abs. 1 S. 2 FamFG beschränkt die Höchstdauer der Genehmigung für eine ärztliche Zwangsmaßnahme auf 6 Wochen. Der Gesetzgeber ist aufgrund von Erfahrungswerten in der ärztlichen Praxis davon ausgegangen, dass nur eine Behandlungsbedürftigkeit von wenigen Wochen besteht.[78]

In der Praxis wird die gesetzliche Höchstdauer für eine Genehmigung von ärztlichen Zwangsmaßnahmen regelmäßig überschritten. Häufig wird eine Genehmigung für den Zeitraum von zwölf Wochen ausgesprochen.[79] Gleichzeitig ist eine Tendenz dahin zu beobachten, die vom Gesetzgeber nicht gewollte (ambulante) Zwangsbehandlung in der Form der Gabe einer Depotmedikation durch langfristige Unterbringung und mehrfach hintereinander geschaltete Genehmigungen hinsichtlich der Gabe der Depotmedikation zu umgehen.

d. Inhalt der Beschlussformel

Nach § 323 Abs. 2 FamFG hat die Beschlussformel zu enthalten, dass die Zwangsmaßnahme unter der Verantwortung eines Arztes durchzuführen und zu dokumentieren ist. Dabei handelt es sich nicht um einen klarstellenden Ausspruch. Vielmehr wird durch den Beschlusstenor die Rechtmäßigkeit der ärztlichen Zwangsmaßnahme unabhängig von aus dem zivilrechtlichen Behandlungsvertrag folgenden Pflichten daran geknüpft, dass diese Vorgaben erfüllt sind.[80]

Dagegen bedarf es in der Beschlussformel nicht der Darlegung, welches Medikament der Betroffene in welcher Dosis und Verabreichungsfolge erhält. Entspre-

[77] BGH, FamRZ 2015, 1706.
[78] BT-Drucks. 17/11513, S. 8.
[79] BVerfG, FamRZ 2015, 1589; BGH, FamRZ 2014, 1694.
[80] BGH, FamRZ 2014, 1358.

chenden Anregungen im Gesetzgebungsverfahren hat sich der Gesetzgeber nicht angeschlossen.[81] Allerdings wird sich das Gericht mit diesen Fragen bei der Begründung einer Genehmigungsentscheidung auseinander zu setzen haben, um die Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Einzelfall zu belegen.

In der gerichtlichen Praxis ist zu beobachten, dass der Ausspruch, dass die Zwangsmaßnahme unter der Verantwortung eines Arztes durchzuführen und zu dokumentieren ist, häufig unterlassen wird.[82] Dies hat zur Folge, dass der Beschluss dadurch insgesamt gesetzeswidrig ist.[83] Der in erster Instanz unterlassene Ausspruch kann allerdings in der Beschwerdeinstanz nachgeholt werden.[84] Soweit der Beschlusstenor nicht die Behandlungsmaßnahme benennen muss, in welche konkret einzuwilligen ist, so führt dies in der gerichtlichen Praxis regelmäßig zu Rückfragen beim Betreuungsgericht – nicht beim an sich zuständigen Betreuer –, welche ärztliche Behandlungsmaßnahmen im Einzelfall durchgeführt werden darf.

IV. Ausblick

Aktuell wird im Justizministerium geprüft, ob die bislang gesetzlich vorgegebene Koppelung von Unterbringung und Durchführung einer ärztlichen Zwangsmaßnahme – vorsichtig – gelockert werden kann. Zumindest in Hinblick auf Betreute, die sich einer Behandlung nicht durch Weglaufen entziehen wollen oder können bzw. dies nicht organisieren wollen oder die eine rechtserhebliche Einwilligung in die Unterbringung bei Ablehnung einzelner Behandlungen erteilen sowie bei der Behandlung somatischer Erkrankungen gegen den natürlichen Willen des Betreuten, sollte schon aus rein pragmatischen Gründen und Bedürfnissen der klinischen Praxis eine ärztliche Zwangsmaßnahme außerhalb der Unterbringung ermöglicht werden. In diesem Sinne hatte sich bereits der Abgeordnete Henke geäußert.[85] Um letztendlich nicht doch einer ambulanten Zwangsbehandlung den Weg zu öffnen,[86] bietet sich an, ärztliche Maßnahmen gegen den Willen des Betreuten außerhalb von Unterbringungen nur in stationären Einrichtungen i.S.d. § 1906 Abs. 4 BGB[87] oder – noch enger – nur in Krankenhäusern zuzulassen. In diesem Fall bedürfte es zu-

[81] *Lipp*, Stellungnahme vom 10.12.2012 im Rechtsausschuss des Bundestages, S. 14, V. 2 c (4).

[82] BGH, FamRZ 2014, 1358; 2015, 573 und 2050.

[83] BGH, FamRZ 2015, 573.

[84] BGH, FamRZ 2015, 2050.

[85] Deutscher Bundestag, Stenographischer Bericht der 217. Sitzung vom 17.1.2013, S. 26885.

[86] Was der Sachverständige Marschner bereits in der Anhörung des Rechtsausschusses am 10.12.2012 bzgl. der Regelung des § 1906 Abs. 3, 3a BGB befürchtete, während der damalige Vorsitzende des Rechtsausschusses Kauder sie nicht ausschließen wollte, vgl. Protokoll der 105. Sitzung des Rechtsausschusses vom 10.12.2012, S. 62 und 52.

[87] Dazu gehören etwa Krankenhäuser und Pflegeeinrichtungen bzw. Altenheim, vgl. *Dodegge/Roth*, a.a.O., Teil G, Rn. 55.

sätzlich der gesetzlichen Vorgabe, dass eine ärztliche und pflegerische Nachsorge in Bezug auf die ärztliche Zwangsmaßnahme gewährleistet sein muss.

Das Bundesgesundheitsministerium hat aktuell ein Forschungsvorhaben zur Gewinnung von Erkenntnissen über die Anwendung und die Vermeidung von Zwangsmaßnahmen im psychiatrischen Hilfesystem ausgeschrieben.[88]

[88] Vgl. http://www.bmg.bund.de/fileadmin/dateien/Pressemitteilungen/2015/2015_04/151015-38_PM_Foerderprojekt_Psych.pdf (zuletzt abgerufen am 21.3.2016).

Zwangsbehandlung bei Selbstgefährdung aus medizinischer Sicht

Andreas Heinz, Sabine Müller

I. Einführung

Die Diskussion um den Umgang mit Selbst- und Fremdgefährdung bei psychischen Erkrankungen hat durch die Ratifizierung der UN-Behindertenrechtskonvention (UN-BRK) und die, zumindest teilweise darauf beruhenden Urteile des Bundesverfassungsgerichts, zu weitreichenden gesetzlichen Änderungen, u. a. im Betreuungsrecht, geführt.

Zentral sind hierbei die Vorgaben, dass es keine Sondergesetze für Menschen mit Behinderungen geben darf. Gemäß der UN-BRK ist Behinderung im Sinne des *Diversity*-Konzepts als eigenständige Art zu leben zu verstehen. „Behinderung" ist damit als ein Schutzbegriff für alle Menschen, die darunter fallen, konzipiert. Diese

Interpretation steht in einem gewissen Gegensatz zur traditionellen medizinischen Unterscheidung zwischen Behinderung und Krankheit: Im Bereich der medizinischen Klassifikation werden Erkrankungen anhand medizinischer Kriterien im ICD (derzeit 10. Auflage) definiert (WHO 2011, ICD-10). Behinderung wurde dagegen traditionell im Sinne einer Unterscheidung zwischen den direkten Krankheitsfolgen einerseits und der sozial eingeschränkten Teilhabe andererseits im sogenannten ICIDH und seiner Neuformulierung in der *International Classification of Functions* (ICF) definiert (WHO 2011, ICF). Diese Unterscheidung lässt sich am Beispiel des Schlaganfalls und seiner Folgen gut illustrieren. Die eigentliche Erkrankung ist hier der Infarkt, also die Blockade eines zentralen zuführenden Gefäßes zum Gehirn. Die Behinderung im Sinne einer direkten Krankheitsfolge (*Disability*) ist beispielsweise eine Parese oder eine Sprachstörung. Früher wurde zwischen der Einschränkung in den Verrichtungen des täglichen Lebens (z. B. bei der Körperpflege oder Nahrungsaufnahme) einerseits unterschieden (*Impairment*) und andererseits der Benachteiligung bei der Beteiligung am gesellschaftlichen Leben (früher: Handicap). Da Verrichtungen des täglichen Lebens aber je nach sozialer Unterstützung unterschiedlich stark beeinträchtigt sein können, wurde in der Neuformulierung des ICF (WHO 2011, ICF) die Unterteilung zwischen *Impairment* und *Handicap* aufgehoben und auf die generelle Beeinträchtigung der sozialen Teilhabe verwiesen. Diese Sichtweise folgt der Devise „Man ist nicht behindert, sondern man wird behindert“.

Die UN-Behindertenrechtskonvention definiert demgegenüber jede chronisch verlaufende Erkrankung als Behinderung, ohne die oben genannte Unterscheidung zwischen unterschiedlichen eingeschränkten Funktionsniveaus zu treffen.

Sinnvolle Definitionen von Krankheit und von Behinderung sind nicht nur von theoretischem und sozialrechtlichem Interesse, sondern haben in zwei weiteren Bereichen eine zentrale Bedeutung: erstens im Strafrecht bei der Frage der Schuldfähigkeit, zweitens in der Medizin bei der Frage der Einwilligungsfähigkeit, deren Fehlen eine notwendige Voraussetzung für die rechtliche Zulässigkeit von Unterbringung und Zwangsbehandlung aufgrund von Selbst- oder Fremdgefährdung darstellt. Sowohl im Strafrecht als auch im Betreuungsrecht und in den PsychKG, Unterbringungs- bzw. Maßregelvollzugsgesetzen spielt der Begriff der psychischen Krankheit oder der seelischen oder geistigen Behinderung eine zentrale Rolle. Angesichts der aus der UN-BRK abgeleiteten Forderung, dass es keine Sondergesetze für Menschen mit Behinderungen geben darf, stellt sich die Frage, ob diese Gesetze mit der UN-BRK konform sein können. Zudem stellt sich die Frage, wie menschenrechtskonforme Gesetze formuliert werden könnten, die einerseits dem Recht behinderter Menschen auf Selbstbestimmung, andererseits ihrem Recht auf Schutz vor unbeabsichtigter, krankheitsbedingter Selbst- oder Fremdgefährdung gerecht werden.

II. Zum Begriff der psychischen Krankheit

Entgegen landläufigen Annahmen lässt sich Krankheit weder als Normabweichung noch als sozial unangepasstes Verhalten sinnvoll definieren. Letzteres führte zur Pathologisierung von Dissidenten beispielsweise in der Sowjetunion. Gegen die Definition einer Erkrankung als Normabweichung wendete bereits Karl Jaspers (1946) ein, dass danach Menschen mit Karies zu seiner Zeit als normal und daher gesund zu klassifizieren wären. Menschen ohne Karies hätten damals als krank, da unnormal klassifiziert werden müssen. Entscheidend ist also nicht die Frage nach der statistischen Durchschnittsnorm, sondern nach dem Vorliegen einer Funktionseinschränkung (z. B. Beeinträchtigung beim Kauen) oder von Leidenszuständen (z. B. Zahnschmerzen). Diese Überlegungen sind besonders relevant angesichts des demographischen Wandels, denn je älter Menschen werden, desto häufiger treten Demenzerkrankungen auf. Würde man Krankheit als Normabweichung verstehen, müsste man in einer Gesellschaft, in der mehr als die Hälfte der Bevölkerung an einer Demenz leidet, Demenz als gesund definieren.

Einen alternativen Definitionsansatz formulieren Christopher Boorse (1976) und Thomas Schramme (2000), die Krankheit als wesentliche Funktionsstörung eines Organs definierten, die das Überleben oder die Reproduktionsfähigkeit der betroffenen Person gefährden kann. Auf den ersten Blick ist dies eine sehr sinnvolle Definition. So ist beispielsweise die Unfähigkeit, die Zunge zu rollen, kein Krankheitszeichen, weil diese Funktionsfähigkeit (die im Übrigen einen ausgeprägten genetischen Hintergrund hat) keine lebenswichtige Fähigkeit einschränkt. Dagegen ist die Unfähigkeit zu schlucken aufgrund einer Funktionseinschränkung der Zunge wegen der Bedeutung der Nahrungsaufnahme für das Überleben durchaus ein Krankheitszeichen.

Andererseits wurde von uns und anderen kritisiert, dass die Frage der Reproduktionsfähigkeit im Bereich psychischer Erkrankungen falsch gestellt ist, da sie zur Pathologisierung der Homosexualität führen würde, was Boorse durchaus gesehen hat, was wir aber für inakzeptabel halten. (Nebenbei bemerkt schließt Homosexualität die Reproduktion keineswegs aus, insbesondere heute im Zeitalter der Künstlichen Reproduktion.) Denn damit überschreitet die Medizin ihren eigenen Aufgabenbereich, die Sorge für das Individuum, zugunsten von sozial definierten Vorgaben nach der Wünschbarkeit allgemeiner Verhaltensweisen im Interesse einer bestimmten Gesellschaft und ihrer Bevölkerungsziele, und damit im Sinne einer „Bio-Politik".

Allerdings ergibt sich auch bei einer engen Fokussierung auf überlebenswichtige Funktionsstörungen die Frage, ob es diesbezüglich angesichts der Diversität menschlicher Lebensformen und –gestaltungen überhaupt zu einer Einigung über lebenswichtige psychische Funktionsfähigkeiten kommen kann.

Solche lebenswichtigen Funktionsfähigkeiten sollten unseres Erachtens nicht am grünen Tisch konstruiert, sondern aus dem praktischen Alltag abgeleitet werden. Untersucht man dementsprechend die alltagspraktische Relevanz der Leit-

symptome psychischer Erkrankungen, dann zeigt sich, dass diese durchaus die Kriterien einer Einschränkung lebenswichtiger Funktionsfähigkeiten erfüllen: So wird zur Diagnose eines Delirs oder einer anderen akuten hirnorganischen Störung die Wachheit, Orientierung und Auffassung einfacher sprachlicher Kommunikation geprüft. Es ist leicht einzusehen, dass eine Beeinträchtigung der Wachheit oder eine räumliche Desorientierung das Überleben der betroffenen Personen in unterschiedlichen Settings und kulturellen Gegebenheiten gefährden kann, sei es, dass man in einer autoreichen Innenstadt überfahren werden oder in einer Wildnis verloren gehen kann. Auch die Leitsymptome einer Demenzerkrankung, die substantielle Beeinträchtigung der Merkfähigkeit und des Zeitgefühls können in unterschiedlichsten Situationen die Überlebensfähigkeit beeinträchtigen. Schwieriger ist diese Diskussion angesichts der Leitsymptome psychotischer Erfahrungen im Sinne der Schizophrenien und der bipolaren Störung. Deren Leitsymptome umfassen Ich-Störungen im Sinne des Erlebnisses, dass die eigenen Gedanken von außen eingegeben und kontrolliert werden, oder akustische Halluzinationen im Sinne von imperativen Stimmen, Stimmen in Rede und Gegenrede oder Stimmen, die das eigene Handeln kommentieren. Solche Erfahrungen müssen nicht notwendigerweise die Überlebensfähigkeit der betroffenen Person einschränken (auch wenn manche Menschen durch imperative Stimmen, die ihnen den Suizid befehlen, sehr gefährdet sein können). Was durch solche Symptome aber nachhaltig beeinträchtigt werden kann, ist das Leben in der Mitwelt, da es für andere Personen ausgesprochen schwer werden kann, einzuschätzen, ob die betroffene Person gerade aufgrund eines eigenen Entschlusses oder subjektiv als von außen „eingegeben“ erlebter Gedanken oder Halluzinationen handelt. Das Leben in der Mitwelt kann ebenfalls durch schwere affektive Erkrankungen beeinträchtigt werden, wenn die begleitende Affektstarre es beispielsweise einer Person in einer Manie verunmöglicht, Trauer zu empfinden, auch wenn engste Freunde oder Verwandte von einem Unglücksfall betroffen sind. Auch schwere Depressionen, durch die die Betroffenen sich überhaupt nicht mehr freuen können und sich von der Umwelt völlig zurückziehen, beeinträchtigen das Leben in der Mitwelt enorm. Wiederum liegt der Fokus hier auf dem Leben mit anderen und nicht notwendigerweise auf dem direkten Überleben der betroffenen Person. Offensichtlich erfüllen die Leitsymptome einer Vielzahl psychischer „Störungen“ das Kriterium der Beeinträchtigung überlebensnotwendiger Funktionsfähigkeiten nicht. Man denke an soziale Phobien, die nur dann auftreten, wenn die betroffene Person einen Vortrag vor einer größeren Menschenmenge halten müsste. Aber selbst wenn aus medizinischer Sicht eine Erkrankung vorliegt, die im englischen Sprachraum als „disease“ bezeichnet wird und mit einer lebensnotwendigen Funktionsstörung verbunden sein muss, ist damit noch nicht gesagt, dass eine klinisch relevante Erkrankung vorliegt. Ein Beispiel hierfür sind Menschen, die akustische Halluzinationen haben (im medizinischen Sinne eine Krankheitssymptom), darunter aber weder leiden noch in ihrer sozialen Teilhabe eingeschränkt sind. So teilte uns ein Patient mit, dass wir seine „Stimmen“ bitte nicht behandeln sollten, da er an der Börse spekuliere und diese

ihm bisher immer nur sinnvolle Tipps gegeben hätten. Tritt also eine im generellen medizinischen Sinn durchaus lebenswichtige Funktionsstörung wie eine Halluzination auf, ist diese aber weder mit individuellem Leiden (im englischen Sprachraum als *illness* im Sinne des Krankheitserlebens bezeichnet) und führt sie nicht zu einer substantiellen Beeinträchtigung alltäglicher Handlungen, die soziale Teilhabe ermöglichen (z. B. Körperpflege; im englischen Sprachraum als *sickness* bezeichnet), dann sollte man nicht von einer klinisch relevanten Erkrankung sprechen. Das Vorliegen medizinisch relevanter Funktionsstörungen ist also ein notwendiges, aber kein hinreichendes Kriterium für die Diagnose einer klinisch relevanten Erkrankung; es muss individuelles Leid oder eine individuell bedeutsame Einschränkung basaler alltäglicher Handlungen im Sinne der sozialen Teilhabe vorliegen (Heinz 2014).

Demnach wäre eine psychische Krankheit dann gegeben, wenn erstens objektivierbare Krankheitszeichen vorliegen und zweitens subjektives Leiden oder eine wesentliche Teilhabestörung gegeben ist, wobei keine diese aufrechterhaltende äußere Ursache nachweisbar sein sollte (Culver und Gert 1982). Letztere Einschränkung ist deswegen wichtig, weil solche Symptome beispielsweise auch bei einer akuten Drogenintoxikation auftreten, die aber als aufrecht erhaltende Ursache zu werten ist, wenn die Symptome nach Abklingen des Drogenkonsums sofort wieder verschwinden. Es wäre nicht sinnvoll, jede Form der Alkohol- oder Drogenintoxikation als Krankheit zu bezeichnen.

III. Ethische Überlegungen anhand der Unterscheidung von Behinderung und Krankheit

Im neunten Sozialgesetzbuch (SGB IX) wird jede chronische Erkrankung, die länger als sechs Monate dauert, als Behinderung gewertet. Zahlreiche Regelungen des SGB basieren auf dem Begriff der Behinderung. Insbesondere werden viele Unterstützungsleistungen vom Grad der Behinderung abhängig gemacht.

Angesichts der UN-Behindertenrechtskonvention stellt sich allerdings die Frage, ob das Strafrecht, die psychiatrischen Krankengesetze und das Betreuungsrecht gegen die Vorgabe verstoßen, dass keine Sondergesetze wegen einer Behinderung möglich sein sollen. Einige Autoren vertreten die Position, dass dies bereits eine unzulässige Diskriminierung darstelle.

Diese Position führt unseres Erachtens aber zu inhumanen und ungerechten Konsequenzen. Ein klinisch wie ethisch relevantes Beispiel ist ein Parkinson-Patient, der in Folge seiner dopaminergen Medikation eine Psychose entwickelte, sein Bett anzündete und damit seine Mitpatienten im Krankenhauszimmer sowie sich selbst gefährdete. (Dopaminergika sind auf die Dopaminrezeptoren wirkende Medikamente.) Die Parkinson-Erkrankung des Patienten ist als Behinderung zu werten, da sie mehr als sechs Monate andauerte; die Medikation wurde als Therapie gegen die behinderungsbedingten Symptome verschrieben und die Psychose

trat infolge dieser Therapie auf. Im Rahmen solcher chronischer Erkrankungen (Behinderungen) kann es zu akuten Verschlechterungen mit qualitativ andersartigen Zuständen kommen, die unbehandelt durchaus so lange anhalten können, dass sie das Zeitkriterium für eine Behinderung erfüllen. (Im Fall dieses Patienten kam es zur der psychotischen Verkennung der Decke als Netze und zu wenig nachvollziehbaren Schlussfolgerung, dass diese zu verbrennen seien). Es erscheint ungerecht, eine solche Person, die durch ärztlich verschriebene Medikamente gegen die behinderungsbedingten Symptome psychotisch wird, für schuldfähig zu halten und als Brandstifter zu bestrafen, nur weil man nicht möchte, dass bestimmte Behinderungen ein Kriterium für die Zuschreibung strafrechtlicher Schuldfähigkeit sind.

Auch in Hinblick auf eine mögliche Zwangsbehandlung ist die Forderung problematisch, dass eine Behinderung für deren rechtliche Zulässigkeit keine Rolle spielen dürfe. Im aktuellen Beispiel liegt es sicher im Interesse des Betroffenen, dass die medikationsinduzierte Psychose so schnell wie möglich beendet wird.

Dies kann durch die Gabe von Neuroleptika erreicht werden. Hier steht das Recht auf Behandlung einer akuten Erkrankung im Widerspruch zum natürlichen Willen, der aber durch die Medikamentengabe zur Therapie der Behinderung wiederum im Widerspruch zum freien Willen des Betroffenen steht. Es ist sicher nicht im Interesse der Patienten, eine ggf. zwangsweise Verabreichung eines Antidots zu verbieten, nur weil diese Behandlung in Folge einer Behinderung notwendig wurde. Entscheidend ist bei Fremd- oder Selbstgefährdung vielmehr die Einsichts- und Steuerungsfähigkeit, die bei diesem Patienten aufgrund der Psychose nicht gegeben war.

Angesichts der Sinnhaftigkeit der Behandlung bei dem soeben beschriebenen Patienten stellt sich die Frage, ob eine neurobiologisch vergleichbare akute schizophrene Psychose, die ebenfalls mit Erhöhung der dopaminergen Neurotransmission einhergeht, ethisch anders zu bewerten ist. (In diesem Fall ist die Wirkung des Botenstoffs Dopamin am Dopamin-D2-Rezeptor nicht aufgrund einer ärztlich verordneten Medikation, sondern durch primäre Krankheitsprozesse verändert.) Auch eine längerfristig bestehende schizophrene Psychose, die als Behinderung zu werten ist, kann sich akut verschlechtern. Sofern keine anders lautenden Patientenverfügungen vorliegen, ist davon auszugehen, dass die betroffene Person im Falle von Einwilligungsunfähigkeit und Fremd- oder Selbstgefährdung ein berechtigtes Interesse daran hat, den psychotischen Zustand schnellstmöglich beenden zu lassen.

Ein weiteres klinisches Beispiel betrifft den chronischen Gewichtsverlust durch einen Vergiftungswahn, der gesundheitlich bedrohlich wird. Folgt man der Definition in SGB IX und UN-Behindertenrechtskonvention, ist der chronische Vergiftungswahn als Behinderung zu werten. Auch hier stellt sich die Frage nach dem „Recht auf Krankheit“ (besser: dem Recht auf Verweigerung unerwünschter Behandlungen) einerseits und dem Recht auf Lebenserhaltung andererseits. Dafür ist ebenfalls die Einwilligungsfähigkeit des Betroffenen die entscheidende Frage.

Solche Fragen stellen sich nur bei einem sehr kleinen Teil der im ICD-10 gelisteten Störungen, nämlich nur bei solchen, bei denen tatsächlich lebenswichtige Funktionsfähigkeiten eingeschränkt sind, diese entweder zu subjektiven Leiden oder einer wesentlichen Teilhabestörung des Betroffenen führen, aufrecht erhaltende äußere Ursache nicht vorliegen, Einsichtsfähigkeit nicht gegeben ist und eine akute Fremd- oder Selbstgefährdung auftritt.

Zur Feststellung der Einwilligungsfähigkeit lassen sich operationalisierte Methoden einsetzen: das Mac Arthur Competence Assessment Tool-Treatment (Mac CAT-T) (Grisso und Appelbaum 1998), der Hopkins Competence Assessment Test (HCAT) (Janofsky et al. 1992), oder ein Instrument der Arbeitsgemeinschaft für Neuropsychopharmakologie und Pharmakopsychiatrie (AGNP) (Nedopil et al. 1999). Das Konstrukt der Einwilligungsfähigkeit ist primär zum Schutz der Patienten vor einer Teilnahme an Studien entwickelt worden, deren Tragweite und Bedeutung die betroffenen Personen nicht verstehen können.

IV. Ethische Vorgaben zur Zulässigkeit von Zwangsbehandlungen unter den oben genannten, engen Kriterien

Unseres Erachtens ist es medizinethisch gerechtfertigt, Patienten unter sehr engen Voraussetzungen auch gegen ihren aktuell geäußerten Willen zu behandeln, nämlich wenn eine medizinisch relevante Erkrankung vorliegt, die eine überlebensrelevante Funktionseinschränkung, individuelles Leid oder eine wesentliche Beeinträchtigung der sozialen Teilhabe beinhaltet, für die keine aufrechterhaltende äußere Ursache vorliegt, wenn keine Einwilligungsfähigkeit besteht und eine erhebliche Fremd- oder Selbstgefährdung vorliegt und wenn keine anderslautende Patientenverfügung vorliegt. Dann stellt sich aber immer noch die Frage nach dem alltäglichen wie klinischen Umgang mit solchen Patienten. Nach den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts sollten sich solche Zwangsmaßnahmen auf die Minderheit von Betroffenen beschränken, bei denen alle andersartigen Versuche der Bewältigung des eigenen Lebens oder der die Gesundheit schwer beeinträchtigenden Situation nicht möglich waren. Nicht gerechtfertigt sind Zwangsbehandlungen, die sich aus institutionellen Vorgaben (räumliche Enge, Personalmangel etc.) ergeben. Sehr wichtig in diesem Rahmen erscheint uns der Verweis auf die Bedeutung offen geführter Stationen, die nach unserer Erfahrung das Gefühl der Patientinnen und Patienten, eingesperrt zu sein, deutlich reduzieren, damit auch aggressive Interaktionen vermindert und Entweichungen gegen ärztlichen Rat wie Zwangsmaßnahmen im Sinne von körperlichen Einschränkungen der Bewegungsfreiheit oder einer Zwangsmedikation ebenfalls deutlich reduziert werden (Lang et al. 2010). Weiterhin nehmen Zwangsbehandlungen möglicherweise dann zusätzlich ab, wenn eine stationäre Aufnahme von Anfang an vermieden wird und stattdessen ein mo-

biles Beratungs- und Behandlungsteam die Betroffenen in ihrem Lebensumfeld aufsucht.

Die Selbstbestimmung von Menschen mit Behinderungen kann also gestärkt werden, wenn Krankhaussettings offen geführt werden, Behandlungen im Lebensumfeld möglich sind, die Wünsche der Patientinnen und Patienten personenorientiert berücksichtigt werden und Leitschnur ärztlichen wie institutionellen Handelns sind, Angehörige und Freunde von Anfang an in die Situation im Sinne des „supported decision making" einbezogen und im Konfliktfall Ethikkomitees zur Beratung angerufen werden können.

Literatur

Boorse, Christopher (1976); What a theory of mental health should be. Journal for the Theory of Social Behaviour, Vol. 6, pp. 61–84.

Culver, Charles/ Gert, Bernard (1982); Philosophy in medicine. Conceptual and Ethical Issues in Medicine and Psychiatry. Oxford, University Press.

Grisso, Thomas/ Appelbaum, Paul Stuart (1998); Assessing competence to consent in treatment. A guide for physicians and other health professionals. New York, Oxford: Oxford University Press.

Heinz, Andreas (2014); Der Begriff psychischer Krankheit. Berlin: Suhrkamp Verlag.

Janofsky, Jeffry S./ McCarthy, Richard J./ Folstein, Marshal F. (1992); The Hopkins Competency Assessment Test: a brief method for evaluating patients' capacity to give informed consent. Hospital & Community Psychiatry 43(2): 132-136.

Jaspers, Karl (1946); Allgemeine Psychopathologie. Berlin, Springer.

Lang, Undine Emmi/ Hartmann, Susanne/ Schulz-Hartmann, Sandra/ Gudlowski, Yehonala/ Ricken, Roland/ Munk, Ingrid/ Heinz, Andreas (2010); Do locked doors in psychiatric hospitals prevent patients from absconding? The European Journal of Psychiatry, 24: 199-204.

Nedopil, Norbert/ Aldenhoff, Josef/ Amelung, Knut/ Eich, Franz Xaver/ Fritze, Jürgen/ Gastpar, Marcus, et al. (1999); Competence to give informed consent to clinical studies, Stellungnahme der Taskforce zu ethischen und rechtlichen Fragen der Arbeitsgemeinschaft für Neuropsychopharmakologie und Pharmakopsychiatrie (AGNP). Pharmacopsychiatry, 32(5): 165-168.

Schramme, Thomas (2000); Patienten und Personen. Zum Begriff der psychischen Krankheit. Fischer, Frankfurt/M.

WHO – World Health Organisation (2011); International Classification of Diseases. Tenth revision (ICD 10), Genf.

WHO – World Health Organisation (2001); International classification of functioning, disability and health: ICF. Geneva: World Health Organization. Genf.

Menschenrechtliche Sicht auf die Zwangsbehandlung von Erwachsenen bei Selbstgefährdung[*]

Stefanie Schmahl

---

[*] Mit freundlicher Genehmigung der Herausgeber erscheint ein weiterer Abdruck dieses Beitrags in BtPrax 2016, Heft 4.

I. Problemstellung

In einer freiheitlichen Rechtsordnung steht es jedem (erwachsenen) Menschen zu, selbstbestimmte Entscheidungen zu treffen und eigenverantwortlich am gesellschaftlichen Leben zu partizipieren. Einschränkungen dieser Freiheit sind nur zulässig, wenn Rechte Dritter oder öffentliche Interessen impliziert sind. Geht es indes um die schlichte Eigengefährdung, sind die Rechtfertigungsmaßstäbe für Freiheitseingriffe besonders hoch anzusetzen. Soweit andere Belange nicht kollidieren, gewinnt der aus dem römischen Recht bekannte Grundsatz „*volenti non fit iniuria*" herausragende Bedeutung. Auch das BVerfG erkennt das „Recht auf Krankheit" als Ausdruck freier Selbstbestimmung eines jeden Menschen an und beschränkt den staatlichen Schutz des Menschen vor sich selbst auf ein Mindestmaß.[1] Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG enthält auch das negative Freiheitsrecht, nicht zu leben und nicht gesund zu bleiben.[2]

Geistig oder seelisch behinderte Menschen werden in den Rechtsordnungen vieler Staaten allerdings pauschal-typisierend von dem Bereich der Privatautonomie ganz oder partiell ausgeschlossen.[3] So legt auch § 1906 BGB die Möglichkeit zur medizinischen Behandlung von Menschen mit Behinderungen gegen ihren Willen – freilich unter restriktiv gefassten Bedingungen – nieder. Eine entsprechende Vorschrift für Menschen ohne Behinderung gibt es indes nicht. Gerade im Bereich der Zwangsbehandlung bei Selbstgefährdung erweist sich diese normative Divergenz als menschenrechtlich nicht unproblematisch, sind doch hier, anders als in Fällen der Fremdgefährdung, Individualrechtsgüter Dritter grundsätzlich nicht betroffen.

II. Subjektorientierter Ansatz der UN-Behindertenrechtskonvention

1. Allgemeiner Telos der Konvention

Die UN-Behindertenrechtskonvention (BRK), die in Deutschland im Jahre 2009 in Kraft getreten ist,[4] stellt den tendenziell paternalistischen Ansatz, der § 1906 BGB innewohnt, indem er das Wohlergehen eines behinderten Menschen letztlich in die

---

[1] So bereits BVerfGE 58, 208, 226; vgl. auch BVerfGE 128, 282, 307; eingehend *Hillgruber*, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992.

[2] Vgl. BVerfGE 128, 282, 304; BVerfG (K), FamRZ 2015, 1589, 1591; *Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher*, Grundrechte, Staatsrecht II, 31. Aufl. 2015, Rn. 438 f.

[3] Hierzu *Rothfritz*, Die Konvention der Vereinten Nationen zum Schutz der Rechte von Menschen mit Behinderungen, 2010, 116 ff. In Bezug auf das deutsche Unterbringungsrecht stellt *Götz*, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 15. Aufl. 2013, § 4, Rn. 29, sogar pauschal fest, dass „soweit es sich um Geisteskranke oder Geistesschwache handelt, [sei] deren Wille, sich selbst zu gefährden, ohnehin nicht als rechtlich relevant" anzuerkennen.

[4] BGBl. 2008 II 1420. Zur Genese der BRK vgl. *Schmahl*, AVR 45 (2007), 517, 521 ff.

Hände anderer Entscheidungsträger legt, auf eine schwere Belastungsprobe. Denn die unbestrittene *raison d'être* der BRK besteht in der Gewährleistung des vollen und gleichberechtigten Genusses aller Menschenrechte für Menschen mit Behinderungen.[5] Nach diesem dezidiert subjektorientierten Ansatz sollen Menschen mit Behinderungen in allen Lebenslagen in demselben Maße als Rechtssubjekte begriffen und behandelt werden wie Menschen ohne Behinderung.[6]

2. Handlungsfähigkeit nach Art. 12 BRK als Schlüsselregelung der Konvention

Deshalb statuiert die Schlüsselnorm des Art. 12 BRK in ihrem Abs. 1 nicht nur die Anerkennung behinderter Menschen vor dem Recht als Rechtssubjekt, sondern garantiert ihnen in Abs. 2 auch die Handlungsfähigkeit. Die Anerkennung der Handlungsfähigkeit wird als unabdingbar betrachtet für den Genuss und die Ausübung der übrigen Konventionsrechte,[7] und zwar unabhängig davon, welcher Art und welchen Grades die Behinderung ist.[8] An der unmittelbaren Anwendbarkeit der Regelungen des Art. 12 Abs. 1 und Abs. 2 BRK bestehen wegen ihrer genauen und unbedingten Formulierungen keine Zweifel.[9]

Die von Art. 12 Abs. 2 BRK garantierte Handlungsfähigkeit erstreckt sich auf alle menschlichen Handlungen, denen eine Rechtsordnung rechtliche Bedeutung beimisst.[10] Erfasst werden daher nicht nur die Geschäftsfähigkeit, sondern gerade auch die Einwilligungsfähigkeit.[11] Allerdings gilt dies mit einer Einschränkung. Denn auch die BRK erkennt an, dass es Menschen gibt, die das Recht auf Handlungsfähigkeit wegen einer seelischen oder geistigen Beeinträchtigung faktisch nicht oder nicht alleine wahrnehmen können.[12] Soweit sie einen selbstbestimmten oder wenigstens einen natürlichen Willen nicht bilden oder danach handeln können, sind Menschen notgedrungen auf Unterstützung angewiesen.[13] Diese Frage ist Regelungsgegenstand von Art. 12 Abs. 3 BRK. Danach treffen die Vertragsstaaten geeignete Maßnahmen, um Menschen mit Behinderungen Zugang zu derjenigen Unterstützung zu verschaffen, die sie bei der Ausübung ihrer Handlungsfähigkeit

---

[5] Vgl. Art. 1 Abs. 1 BRK, sowie etwa *Bielefeldt*, Zum Innovationspotenzial der BRK, 2006, S. 8 f.; *v. Bernstorff*, ZaöRV 67 (2007), 1041 ff.

[6] *Aichele*, Die UN-Behindertenrechtskonvention und ihr Fakultativprotokoll, 2008, S. 4 f.; *Lachwitz*, BtPrax 2008, 143, 144.

[7] *Rothfritz* (Fn. 3), S. 368.

[8] Ähnlich *Lachwitz*, RdLh 2011, 53.

[9] Näher *Schmahl*, in: Coester-Waltjen/Lipp/Schumann/Veit (Hrsg.), Perspektiven und Reform des Erwachsenenschutzes, 2013, S. 18; vgl. auch *Olzen/Uzunovic*, Die Auswirkungen der BRK auf die Unterbringung und Zwangsbehandlung nach § 1906 BGB und §§ 10 ff. PsychKG NRW, Gutachten 2009, 6. A.A. BT-Drucks. 17/5323, 1 (3), wonach Art. 12 Abs. 2 BRK nicht unmittelbar anwendbar sei.

[10] Vgl. *Aichele/v. Bernstorff*, BtPrax 2010, 199, 201; *Lipp*, FamRZ 2012, 669, 672.

[11] *Lachwitz*, BtPrax 2008, 143, 147.

[12] *Schmahl* (Fn. 9), S. 21; Ähnlich *Lipp*, FamRZ 2012, 669, 673.

[13] Vgl. dazu nur *R. König*, BtPrax 2009, 105, 105 f.

unter Umständen benötigen. Anders als Art. 12 Abs. 1 und Abs. 2 BRK ist der in Art. 12 Abs. 3 BRK niedergelegte Grundsatz der Assistenz nicht *self-executing*. Der Wortlaut der Norm überlässt den Vertragsstaaten einen Beurteilungsspielraum, welche Maßnahmen sie zur Unterstützung behinderter Menschen ergreifen. Entscheidend ist lediglich, dass die Maßnahmen dem Ziel des Art. 12 Abs. 3 BRK dienen und dem Willen des behinderten Menschen zur rechtlichen Wirkung verhelfen.[14]

Es entspricht einhelliger Ansicht, dass die von Art. 12 Abs. 3 BRK erwähnte „Unterstützung" nur als Hilfe zur Selbstbestimmung des Betroffenen gemeint ist.[15] Gerade in dieser Regel wird der Paradigmenwechsel sichtbar, den die BRK unternimmt. Art. 12 Abs. 3 BRK nimmt Abstand vom paternalistischen „substituted decision-making" und postuliert stattdessen das Institut des „supported decision-making".[16] Es geht also nicht um die aus Sicht eines Dritten angenommene bestmögliche Vertretung der mutmaßlichen Interessen des behinderten Menschen, die letztlich eine Form der Fremdbestimmung ist, sondern um die Beförderung des konkreten Willens des Betroffenen.[17] Aus diesem Grund fordert der Behindertenrechtsausschuss die Vertragsstaaten nachdrücklich dazu auf, stellvertretende Entscheidungen durch assistierende Mittel zu ersetzen, die den Betroffenen bei seiner eigenen Entscheidungsfindung begleiten.[18]

Das Maß der Unterstützung, das dem Betroffenen nach Art. 12 Abs. 3 BRK zuteilwerden muss, hängt von dessen eigenen Fähigkeiten ab. Eine Unterstützungsmaßnahme kann nur in dem Maße freiwillig in Anspruch genommen werden, in dem der Betroffene einen freien Willen bilden und diesen der Umwelt auf irgendeine Weise vermitteln kann.[19] Findet der „assistierende Dritte" keinen solchen Willen vor, an den er seine Unterstützungsmaßnahme anbinden kann, kann er denknotwendig keine Hilfe zur Selbstbestimmung leisten. Dann aber kann es nicht angehen, Schutzmaßnahmen in Form einer „ersetzenden Betreuung" vollständig zu untersagen, da anderenfalls dem geistig oder psychisch Behinderten die – im-

[14] *Schmahl* (Fn. 9), S. 21; vgl. auch *Rothfritz* (Fn. 3), S. 373; *Lipp*, FamRZ 2012, 669, 673.
[15] Vgl. nur *Marschner*, R&P 2009, 135, 136; *Aichele/v. Bernstorff*, BtPrax 2010, 199, 202; *Lachwitz*, RdLh 2011, 53, 55; *Bach*, The Right to Legal Capacity under the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, 2009, S. 17 ff.; *Rothfritz* (Fn. 3), S. 371 f.; *Hellmann,* in: Diekmann/Oeschger (Hrsg.), Menschen und Rechte – Behindertenrechtskonvention und Betreuung, 2011, S. 58.
[16] Deutlich: Committee on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD), Concluding Observations on the initial report of Tunisia, UN Dok. CRPD/C/TUN/CO/1 vom 13.5.2011, Rn. 22 f.; vgl. auch *Brosey*, BtPrax 2014, 211, 212.
[17] *Aichele/v. Bernstorff*, BtPrax 2010, 199, 202.
[18] Erstmalig: CRPD, Concluding Observations on the initial report of Tunisia, UN Dok. CRPD/C/TUN/CO/1 vom 13.5.2011, Rn. 23. Diese Forderung gehört heute zum üblichen Repertoire des Ausschusses, vgl. *Degener*, VN 2015, 229 f.
[19] Zutreffend *Olzen/Uzunovic* (Fn. 9), S. 8; *Lipp,* in: Diekmann/Oeschger (Fn. 15), S. 21, 30; a.A. *Kaleck/Hilbrans/Scharmer*, Ratifikation der UN Disability Convention vom 30.03.2007 und Auswirkung auf die Gesetze für so genannte psychisch Kranke am Beispiel der Zwangsunterbringung und Zwangsbehandlung nach dem PsychKG Berlin, Gutachterliche Stellungnahme im Auftrag der Bundesarbeitsgemeinschaft Psychiatrie-Erfahrener e.V., 2009, S. 19 f.

merhin mittelbare – Teilnahme am rechtlichen Leben völlig verwehrt würde.[20] Sein „Rechtspersonsein" geriete in elementare Gefahr.[21]

Auch dieser gedankliche Ansatz spiegelt sich in der BRK wider. Art. 12 Abs. 4 BRK enthält Vorgaben für Maßnahmen, die von Dritten getroffen werden und die die Rechts- und Handlungsfähigkeit des Betroffenen einschränken.[22] Um Elemente der Fremdbestimmung auf ein Mindestmaß zu reduzieren, statuiert die Norm aber eine Reihe von limitierenden Kautelen. So müssen die Vertragsstaaten sicherstellen, dass die unterstützenden Maßnahmen auf die individuelle Situation zugeschnitten und inhaltlich wie zeitlich verhältnismäßig sind. Die Maßnahmen müssen darüber hinaus, soweit möglich, den natürlichen Willen des Betroffenen berücksichtigen, dürfen den Kernbereich der Autonomie nicht in Frage stellen und müssen von einer unabhängigen Behörde oder einem Gericht überprüft werden können.[23] Ferner sind Sicherungen gegen Interessenskonflikte und Missbrauch vorzusehen, um das bestmögliche Maß an Selbstbestimmung des Betroffenen zu gewährleisten. Ebenso wie Art. 12 Abs. 3 BRK gibt Art. 12 Abs. 4 BRK den Staaten keine unmittelbare Ergebnispflicht auf; die Wahl der geeigneten Mittel ist auch hier den Konventionsstaaten anheimgestellt.[24]

III. Anwendung der Vorgaben der UN-Behindertenrechtskonvention auf Zwangsbehandlungen bei Selbstgefährdung

Wendet man diese grundlegenden Vorgaben, die sich auch in anderen Vorschriften der Konvention wiederfinden und für alle Lebenslagen gelten, speziell auf die Zwangsbehandlung behinderter Menschen bei Selbstgefährdung an, ergibt sich folgendes Bild: Prinzipiell verstößt eine medizinische Zwangsbehandlung gegen Art. 12 BRK.[25]

[20] So auch BVerfGE 128, 282, 307; *Rothfritz* (Fn. 3), S. 372; *Olzen/Uzunovic* (Fn. 9), S. 9; *Schmahl* (Fn. 9), S. 22.
[21] Zutreffend *E. Klein*, in: ders./Menke (Hrsg.), Der Mensch als Person und Rechtsperson, 2011, S. 9, 11.
[22] Ähnlich *Lipp*, FamRZ 2012, 669, 673.
[23] Vgl. auch *Aichele,* in: Diekmann/Oeschger (Fn. 15), S. 40, 50.
[24] Insoweit richtig BT-Drucks. 17/5323, 1, 3 f.
[25] Näher *Schmahl* (Fn. 9), S. 31 ff.; vgl. auch *Masuch/Gmati*, NZS 2013, 521, 525.

1. „General Comment" Nr. 1 (2014) des Behindertenrechtsausschusses

In seinem „General Comment" Nr. 1 (2014), der den Vertragsstaaten Orientierung bei der Umsetzung der Konvention geben soll,[26] hebt der Behindertenrechtsausschuss hervor, dass medizinische Eingriffe grundsätzlich auf der freien und informierten Zustimmung des Betroffenen beruhen müssen.[27] Rechtsregime, die auf eine ersetzende Entscheidungsfindung abstellen, seien aufzugeben und stattdessen durch das Institut der assistierenden Entscheidungsfindung zu ersetzen.[28] Dies gelte auch und gerade für Krisensituationen, in denen die Handlungsfähigkeit behinderter Menschen genauso zu beachten sei wie in allen übrigen Situationen. Die Vertragsstaaten werden zur entsprechenden Anpassung ihrer innerstaatlichen Rechtsvorschriften aufgefordert.[29]

2. Relevante „Concluding Observations" des Behindertenrechtsausschusses

Der „General Comment" Nr. 1 (2014) fußt auf Beobachtungen des Behindertenrechtsausschusses aus den verschiedenen Staatenberichtsverfahren, die er seit dem Jahre 2011 bearbeitet hat.[30] In nahezu allen „Concluding Observations" äußert der Ausschuss große Besorgnis über die Möglichkeit von Zwangsbehandlungen psychisch erkrankter Menschen und empfiehlt die Bereitstellung von alternativen Behandlungsmethoden und den Zugang zu unabhängiger Hilfe.[31] In manchen Stel-

---

[26] Dazu *Welke*, RdLh 2014, 55 ff. Bislang gibt es zwei „Allgemeine Bemerkungen" des Behindertenrechtsausschusses. Neben dem hier relevanten „General Comment" No. 1 (2014), der sich mit Art. 12 BRK befasst, hat der Ausschuss einen „General Comment" No. 2 (2014) zu Art. 9 BRK („Accessibility") erlassen.

[27] So auch Interim Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, abgedruckt in: UN Dok. A/63/175 vom 28.7.2008, Rn. 44; vgl. bereits die Principles for the Protection of Persons with Mental Illness and for the Improvement of Mental Health Care von 1991, UNGA Resolution 46/119, Annex.

[28] CRPD, General Comment No. 1 (2014), Article 12: Equal recognition before the law, UN Dok. CRPD/C/GC/1 vom 19.3.2014, Rn. 26.

[29] CRPD, General Comment No. 1 (Fn. 28), Rn. 7, 42.

[30] Vgl. dazu den Überblick bei *Degener*, VN 2015, 229, 229 f.

[31] Vgl. etwa CRPD, Concluding Observations on the initial reports of Tunisia, UN Dok. CRPD/C/TUN/CO/1 vom 13.5.2011, Rn. 28 f.; CRPD, Concluding Observations on the initial report of Spain, UN Dok. CRPD/C/ESP/CO/1 vom 19.10.2011, Rn. 36; CRPD, Concluding Observations on the initial report of Hungary, UN Dok. CRPD/C/HUN/CO/1 vom 22.10.2012, Rn. 27 f.; CRPD, Concluding Observations on the initial report of Austria, UN Dok. CRPD/C/AUT/CO/1 vom 30.9.2013, Rn. 28; CRPD, Concluding Observations on the initial report of El Salvador, UN Dok. CRPD/C/SLV/CO/1 vom 8.10.2013, Rn. 32; CRPD, Concluding Observations on the initial report of Australia, UN Dok. CRPD/C/AUS/CO/1 vom 21.10.2013, Rn. 33 f.; CRPD, Concluding Observations on the initial report of Ecuador, UN Dok. CRPD/C/ECU/CO/1 vom 27.10.2014, Rn. 28 f.; CRPD, Concluding Observations on the initial report of Mexico, UN Dok. CRPD/C/MEX/CO/1 vom 27.10.2014, Rn. 30; CRPD, Concluding Observations on the initial report of Belgium, UN Dok. CRPD/C/BEL/CO/1 vom 28.10.2014, Rn. 29; CRPD, Concluding Observations on the initial report of the Republic of Korea, UN Dok. CRPD/C/KOR/CO/1 vom 29.10.2014, Rn. 22.

lungnahmen wird der Ausschuss in seinen Feststellungen sogar konkreter. So hält er die medizinische Zwangsbehandlung von Menschen mit seelischer Behinderung in Schweden, Costa Rica, Neuseeland, Turkmenistan und Kroatien nicht nur für einen Verstoß gegen Art. 12 BRK, sondern sieht ausdrücklich auch das Recht auf persönliche Freiheit (Art. 14 BRK), das Recht auf Achtung der körperlichen Unversehrtheit (Art. 17 BRK) und sogar das Folterverbot (Art. 15 BRK) dann als verletzt an,[32] wenn Zwangsbehandlungen bei den Betroffenen Schmerzen und Traumata hervorrufen.[33] Besonders deutliche Worte findet der Ausschuss in Bezug auf die Rechtslage in China, Peru und Dänemark. Hier stuft er die „correctional therapy", die in psychiatrischen Anstalten in China durchgeführt wird, ebenso wie die Verabreichung von Neuroleptika in peruanischen und die Anwendung chemischer und elektrokonvulsiver Therapien in dänischen Kliniken als unmenschliche Behandlungen ein.[34]

Auch die Bundesrepublik Deutschland bleibt von der Kritik des Ausschusses nicht verschont. In den jüngsten „Abschließenden Bemerkungen" vom Mai 2015 zum Staatenbericht Deutschlands zeigt sich der Behindertenrechtsausschuss beunruhigt über den Einsatz von Zwangsmaßnahmen bei Selbstgefährdung, insbesondere bei untergebrachten Personen mit psychosozialer Beeinträchtigung und bei älteren Personen in stationärer Betreuung.[35] Der Ausschuss fordert die Bundesregierung dazu auf, darauf hinzuwirken, dass psychiatrische Behandlungen auf der freien und informierten Zustimmung des betroffenen Individuums basieren und dass dem Grundsatz der assistierenden Entscheidungsfindung, der die gesamte Behindertenrechtskonvention prägt, Rechnung getragen wird.[36]

---

[32] Vgl. CRPD, Concluding Observations on the initial report of Sweden, UN Dok. CRPD/C/SWE/CO/1 vom 12.5.2014, Rn. 33-38; CRPD, Concluding Observations on the initial report of Costa Rica, UN Dok. CRPD/C/CRI/CO/1 vom 12.5.2014, Rn. 22, 34; CRPD, Concluding Observations on the initial report of New Zealand, UN Dok. CRPD/C/NZL/CO/1 vom 21.10.2014, Rn. 30; CRPD, Concluding Observations on the initial report of Turkmenistan, UN Dok. CRPD/C/TKM/CO/1 vom 13.5.2015, Rn. 28; CRPD, Concluding Observations on the initial report of Croatia, UN Dok. CRPD/C/HRV/CO/1 vom 15.5.2015, Rn. 23 f.

[33] Zu diesen Kriterien des Folterverbots näher CRPD, General Comment No. 1 (Fn. 28), Rn. 42.

[34] CRPD, Concluding Observations on the initial report of China, UN Dok. CRPD/C/CHN/CO/1, vom 15.10.2012, Rn. 27 f.; CRPD, Concluding Observations on the initial report of Peru, UN Dok. CRPD/C/PER/Co/1 vom 16.5.2012, Rn. 30; CRPD, Concluding Observations on the initial report of Denmark, UN Dok. CRPD/C/DNK/CO/1 vom 30.10.2014, Rn. 38.

[35] CRPD, Concluding observations on the initial report of Germany, UN Dok. CRPD/C/DEU/CO/1 vom 13.5.2015, Rn. 37.

[36] CRPD, Concluding observations on the initial report of Germany, UN Dok. CRPD/C/DEU/CO/1 vom 13.5.2015, Rn. 38b.

IV. Umsetzung der Anforderungen aus der UN-Behindertenrechtskonvention in Deutschland

1. Neufassung von § 1906 Abs. 3, Abs. 3a BGB im Jahre 2013

Was folgt nun aus alledem für die Rechtslage in Deutschland? Im Jahre 2013 hat der Bundesgesetzgeber bekanntlich einen neuen § 1906 Abs. 3 und Abs. 3a BGB eingeführt und damit auf die Entscheidungen des BVerfG zur Zwangsbehandlung im (öffentlich-rechtlichen) Maßregelvollzug aus dem Jahre 2011[37] und auf die Beschlüsse des BGH zur Zwangsbehandlung in der zivilrechtlichen Unterbringung von 2012[38] reagiert.[39] Seither liegt eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage vor, die den Grundrechtseingriff in die körperliche Unversehrtheit und das Recht auf Selbstbestimmung bei einer medizinischen Zwangsbehandlung aufgrund von Eigengefährdung zu rechtfertigen vermag. Voraussetzung hierfür ist aber, dass die strikten Bedingungen beachtet sind, die § 1906 Abs. 3 und Abs. 3a BGB an die ärztliche Zwangsbehandlung stellen.[40] Der Betroffene, der aufgrund seiner Erkrankung die Notwendigkeit der ärztlichen Maßnahme nicht erkennen kann,[41] muss vor dem Eingriff angemessen informiert, gehört und überzeugt werden[42] sowie Gelegenheit erhalten, vor Schaffung vollendeter Tatsachen eine gerichtliche Entscheidung herbeizuführen.[43] Darüber hinaus dürfen Maßnahmen der Zwangsbehandlung nur als *ultima ratio* eingesetzt werden,[44] und es muss sichergestellt sein, dass Ziel und Nutzen der ärztlichen Maßnahme die zu erwartenden Beeinträchtigungen deutlich überwiegen[45] und auf die Wiederherstellung der Selbstbestimmung gerichtet sind.[46] Auch §§ 1901, 1901a BGB unterstützen das gesetzgeberische Anliegen, dem natürlichen Willen und dem Selbstbestimmungsrecht des behinderten Menschen – gerade auch bei einer medizinischen Behandlung – zur Geltung zu verhelfen. Nach diesen Vorschriften ist der mutmaßliche Wille oder der in einer Patientenverfügung niedergelegte Wille des Betroffenen bei der Vertreterentscheidung zwingend zu berücksichtigen.

[37] BVerfGE 128, 282, 300 ff., 317; vgl. auch BVerfG, NJW 2011, 3571, Rn. 38 ff.
[38] BGH, NJW 2012, 2967, 2970 ff., BGH, Beschl. vom 8.8.2012, XII ZB 671/11. Diesen Entscheidungen gingen entsprechende Stellungnahmen und Petita in der Literatur voraus, vgl. etwa *Marschner*, R&P 2011, 160, 163; *Bienwald*, FPR 2012, 4, 8.
[39] BGBl. 2013 I S. 266. Zum Gesetzgebungsverfahren vgl. BT-Drucks. 17/11513, BT-Drucks. 17/12086 und BR-Drs. 26/13.
[40] Dazu jüngst BVerfG (K), FamRZ 2015, S. 1589, 1590 ff., mit zustimmender Anmerkung *Spickhoff*, FamRZ 2015, 1593 f.
[41] § 1906 Abs. 3 Nr. 1 BGB.
[42] § 1906 Abs. 3 Nr. 2 BGB, vgl. auch BVerfGE 128, 282, 310.
[43] § 1906 Abs. 3a BGB, vgl. auch BVerfGE 128, 282, 313 f.
[44] § 1906 Abs. 3 Nr. 4 BGB.
[45] § 1906 Abs. 3 Nr. 5 BGB.
[46] § 1906 Abs. 3 Nr. 3 BGB.

Mit diesen restriktiv zu verstehenden Anforderungen setzen §§ 1901, 1901a, 1906 Abs. 3 und Abs. 3a BGB die grundrechtlichen Vorgaben des BVerfG und des BGH um.[47] Auch aus medizinisch-ethischer Perspektive werden die Normen in ihrem Regelungsgehalt für sinnvoll gehalten.[48] Nicht geklärt ist allerdings, ob es mit dem Gleichheitsrecht des Art. 3 Abs. 1 GG[49] oder mit dem aus den staatlichen Schutzpflichten fließenden Untermaßverbot zugunsten des Rechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG)[50] vereinbar ist, dass der Gesetzgeber die Möglichkeit einer ärztlichen Zwangsmaßnahme ausschließlich dann eröffnet, wenn diese im Rahmen einer freiheitsentziehenden Unterbringung nach § 1906 Abs. 1 BGB stattfindet.[51] Eine entsprechende Vorlage des BGH gemäß Art. 100 Abs. 1 GG, in der der XII. Zivilsenat Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit des gesetzgeberischen Unterlassens im Blick auf ambulante Zwangsbehandlungen äußert, ist gegenwärtig beim BVerfG anhängig.[52]

2. Menschenrechtliche Einwände?

Doch auch unabhängig von der Frage, ob ambulante Zwangsbehandlungen aus grundrechtlicher Perspektive einer gesonderten Regelung bedürfen oder nicht, wird an der im Jahre 2013 neu gefassten Vorschrift des § 1906 Abs. 3 BGB mit Kritik nicht gespart. So sei die Norm in Gesamtheit nicht mit der BRK in Einklang zu bringen, weil sie nicht auf eine ersetzende Entscheidungsfindung abstelle, sondern eine Zwangsbehandlung als letztes Mittel legitimiere und damit im Ergebnis die Entscheidung dem Betroffenen abnehme, diese also mit Mitteln der Fremdbestimmung ersetze.[53] Dieser Kritik kann nicht vorbehaltlos zugestimmt werden. Zwar ist zutreffend, dass die Zuschreibung „krankheitsbedingter Einsichtsunfähigkeit“ schon von Grunde auf mängelbehaftet ist, weil es nach dem gegenwärtigen Stand der Hirnforschung keine objektiven Messverfahren zu ihrer Bestimmung gibt.[54] Richtig ist auch, dass die BRK teleologisch darauf zielt, dass Behinderte von

[47] Vgl. nur BVerfGE 128, 282, 303 ff., 309 f., 313 f., sowie *Trenk-Hinterberger*, in: Kreutz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger (Hrsg.), Die UN-Behindertenrechtskonvention in der Praxis, 2013, Art. 17, Rn. 8 ff.
[48] Dazu *Simon*, PsychiatPrax 2014, 558, 559 f.
[49] So BGH, FamRZ 2015, 1484, 1488-1490.
[50] So – grundrechtsdogmatisch exakter – *Spickhoff*, FamRZ 2015, 1490, 1491.
[51] Näher *Dodegge*, BtPrax 2015, 185, 186.
[52] Vgl. BGH, FamRZ 2015, 1484, 1485 ff.
[53] Vgl. Deutsches Institut für Menschenrechte (DIMR), Stellungnahme der Monitoring-Stelle zur UN-Behindertenrechtskonvention anlässlich der Öffentlichen Anhörung am 10.12.2012 im Rahmen der 105. Sitzung des Rechtsausschusses, 2012, S. 1 (2); DIMR, Monitoring-Stelle zur UN-Behindertenrechtskonvention, Parallelbericht an den UN-Fachausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderungen anlässlich der Prüfung des ersten Staatenberichts Deutschlands gemäß Art. 35 UN-BRK, März 2015, Rn. 101, 103-105. Wohl auch *Lachwitz*, in: Kreutz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger (Fn. 47), Art. 12 Rn. 14 ff.
[54] DIMR, Stellungnahme der Monitoring-Stelle (Fn. 53), S. 5, Rn. 6; *Lehmann*, R&P 2015, 20, 27 f.

jeder Rechtsordnung als handlungsfähige Rechtssubjekte und in ihrer Selbstbestimmung ernst genommen werden müssen.[55]

Nicht übersehen werden darf jedoch, dass Art. 12 Abs. 3 und Abs. 4 BRK – wie erwähnt – ihrerseits davon ausgehen, dass es Menschen gibt, die partiell oder umfänglich keinen freien Willen bilden oder danach handeln können. Anderenfalls wäre schon der Regelungsansatz des Art. 12 Abs. 4 BRK widersinnig, ja gar sinnentleert.[56] Dabei ist freilich zu berücksichtigen, dass es Menschen mit unterschiedlich ausgeprägten Behinderungen gibt. Soweit ein geistig oder seelisch behinderter Mensch lediglich Beratung oder Kommunikations- und Verständnishilfen benötigt, zielen Art. 12 Abs. 3 und Abs. 4 BRK auf eine assistierende Unterstützungsleistung, die sich am natürlichen Willen und an den Wünschen des Betroffenen auszurichten hat und diese nicht manipulieren darf. In Fällen der völligen Einsichtsunfähigkeit sind die Staaten zwar ebenfalls verpflichtet, angemessene Unterstützungshandlungen bereitzuhalten; diese müssen allerdings unter besonderen Umständen – etwa bei Personen in einem Wachkoma ohne Patientenverfügung – zu einer ersetzenden Entscheidung führen. Denn es gilt zu bedenken, dass eine Nichtbehandlung einwilligungsunfähiger Menschen, die objektiv dringend medizinischer Behandlung bedürfen, aber ihren freien Willen nicht erklären können, ebenfalls eine Menschenrechtsverletzung, nämlich eine Verletzung staatlicher Schutzpflichten für Leib und Leben darstellen kann.[57] Anders als dies gelegentlich in der (deutschen) Literatur insinuiert wird,[58] hat sich auch der Behindertenrechtsausschuss in dieser Frage bisher nicht gegenteilig positioniert.

V. Fazit

Vor diesem Hintergrund ist nicht zu erkennen, dass der deutsche Gesetzgeber es sich bei der Umsetzung der menschenrechtlichen Vorgaben normativ zu leicht gemacht hätte. Im Gegenteil tragen neben § 1906 Abs. 3, Abs. 3a BGB, der verschiedene Kautelen zur Wahrung des Verhältnismäßigkeitsprinzips aufstellt, auch die feinziselierten Regelungen der §§ 312, 321, 331 FamFG, die nicht nur die Bestellung eines Verfahrenspflegers erfordern, sondern z.B. besondere Bestimmungen zur Arzt- und Sachverständigenauswahl treffen und eine Dokumentation der ärztlichen Maßnahme verlangen, den Anforderungen der BRK hinreichend Rechnung.[59] Dies gilt einmal mehr, als die Vorschriften des Art. 12 Abs. 3 und Abs. 4 BRK den Konventionsstaaten einen Beurteilungsspielraum bei der Umsetzung eröffnen.

---

[55] DIMR, Parallelbericht (Fn. 53), Rn. 103-105. Dies erkennt auch BGH, FamRZ 2015, 1484, 1488.
[56] Ähnlich *Masuch/Gmati*, NZS 2013, 521, 526.
[57] Dies ist wohl einhellige Ansicht, vgl. *Masuch/Gmati*, NZS 2013, 521, 526; *Lipp*, FamRZ 2013, 913, 915 f.; BGH, FamRZ 2015, 1484, 1488 f. Früh bereits *Degener*, VN 2006, 104, 107 f.
[58] Vgl. DIMR, Stellungnahme der Monitoring-Stelle (Fn. 53), S. 4, Rn. 4.
[59] Zutreffend *Masuch/Gmati*, NZS 2013, 521, 527; ähnlich BGH, FamRZ 2015, 1484, 1487.

Dennoch bleiben Verbesserungen der menschenrechtlichen Situation auf prozedurale Weise möglich. Dem Konventionstext und dem Behindertenrechtsausschuss kommt es entscheidend darauf an, die Einsetzung von Zwang bei der medizinischen Behandlung auch als *ultima ratio* so weit wie möglich auszuschließen.[60] Akute Krisen sollen idealerweise anders als mit Zwangsmitteln bewältigt werden. Deshalb sind die Vertragsstaaten dazu aufgefordert, effektive Infrastrukturmaßnahmen zu schaffen, um den Willen selbst eines *prima facie* Einwilligungsunfähigen zunächst so gut wie möglich zu erforschen. Dazu gehört der ernsthafte und ohne Druck ausgeübte Versuch, den Betroffenen aufzuklären, ihm angemessene Zeit für die Entscheidungsfindung in repressionsfreier Atmosphäre zu gewähren und ihn vor allem nicht vorschnell als krankheitsbedingt einsichtsunfähig zu stigmatisieren.[61]

Mit anderen Worten bescheinigt die Konvention nicht jeglichem fremdbestimmten Element die Konventionswidrigkeit, sondern sie sieht in bestimmten Fällen die Möglichkeit einer Konkordanzentscheidung zwischen den aus Menschenrechten erwachsenden Abwehrrechten einerseits und den aus ihnen gleichermaßen folgenden positiven Schutzverpflichtungen andererseits vor.[62] Zur Herstellung der praktischen Konkordanz zwischen Selbst- und Fremdbestimmung müssen die Staaten aber die in Art. 12 Abs. 3 und Abs. 4 BRK genannten Gewährleistungspflichten im Bereich der Kommunikation und der Argumentation mit der betroffenen Person erfüllen.[63] Sie müssen sich dabei auch der gegebenenfalls langwierigen und kostenintensiven Mühe unterziehen, den Willen des Menschen mit Behinderung bestmöglich zum Tragen zu bringen.[64] Insoweit mag sich eine engere Verknüpfung des Betreuungsrechts mit dem Sozialrecht oder die Schaffung eines spezifischen „Erwachsenenhilfegesetzes" anbieten,[65] das prozedurale Kautelen für Erforschung und Anknüpfung an den natürlichen Willen des Betroffenen bereithält und unter Umständen auch die Abfassung von Vorausverfügungen einbezieht.

---

[60] Weitergehend DIMR, Stellungnahme der Monitoring-Stelle (Fn. 53), S. 6, Rn. 9.
[61] Vgl. *Marschner*, in: Aichele (Hrsg.), Das Menschenrecht auf gleiche Anerkennung vor dem Recht – Art. 12 der UN-Behindertenrechtskonvention, 2013, S. 203, 221.
[62] Ähnlich auch *Marschne*r, in: Aichele (Fn. 61), S. 221 und S. 223.
[63] Vgl. *Masuch/Gmati*, NZS 2013, 521, 530 f.
[64] *Marschne*r, in: Aichele (Fn. 61), S. 227.
[65] Ähnlich *Masuch/Gmati*, NZS 2013, 521, 531; *Laviziano*, BtPrax 2013, 226 ff. Dies entspricht in Teilen auch der Forderung des DIMR, Stellungnahme der Monitoring-Stelle (Fn. 53), S. 4, Rn. 4, und S. 7, Rn. 11, und von *Lehmann*, R&P 2015, 20, 29.

Zwangsbehandlung bei Selbstgefährdung – Medizinethische Aspekte[1]

Alfred Simon

I. Einleitung

Ärztliches Handeln orientiert sich seit jeher an den Prinzipien des Wohltuns und des Nichtschadens. Respekt vor der Autonomie des Patienten spielte demgegenüber lange Zeit eine eher untergeordnete Rolle. Dies hat sich in den letzten Jahrzehnten grundlegend geändert. Eng verbunden mit einem gesellschaftlichen Wertewandel hin zu mehr Individualität und Eigenverantwortung hat die Autonomie des Patienten mehr und mehr an Bedeutung gewonnen. Aktuelle Gerichtsent-

---

[1] Für diesen Beitrag wurden einzelne Abschnitte bzw. Textteile in inhaltlich überarbeiteter Form aus folgenden Publikationen übernommen: *Simon* (2014) Zwischen Selbstbestimmung und Zwang: Zwangsbehandlung in der Psychiatrie aus ethischer Perspektive. Psychiat Prax 41, Supplement 1: 58-62; *Simon* (2015) Patientenautonomie und informed consent. In: Marckmann (Hrsg.) Praxisbuch Ethik in der Medizin. Berlin: Medizinisch Wissenschaftlich Verlagsgesellschaft, S. 35-41.

scheidungen und neuere Stellungnahmen von Ärztekammern und medizinischen Fachgesellschaften betonen den Vorrang des Patientenwillens gegenüber dem, was Ärzte als das Wohl des Patienten betrachten.

Ihren konkreten Ausdruck findet diese Entwicklung im *Konzept der informierten Einwilligung* (*informed consent*). Diese wurde als rechtliche Forderung zunächst im Bereich der Forschung am Menschen – u.a. im Nürnberger Kodex von 1947 – erhoben und hat sich dann in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts in der gesamten Medizin als Standard etabliert (Faden und Beauchamp 1986). Von der neueren Medizinethik wurde die Forderung nach informierter Einwilligung als Ergänzung und Korrektiv zum traditionellen, vorrangig am Wohl des Patienten orientierten ärztlichen Ethos aufgegriffen und beworben (Vollmann 2008).

Informierte Einwilligung bedeutet, dass medizinische Eingriffe außerhalb von Notfallsituationen nur mit Einwilligung des aufgeklärten Patienten zulässig sind. Wie aber soll sich der Arzt verhalten, wenn ein Patient, der aufgrund kognitiver Einschränkungen, psychischer Erkrankung oder fehlender Reife in seiner Fähigkeit zur autonomen Willensbildung eingeschränkt ist, medizinisch indizierte Maßnahmen ablehnt und sich damit selbst gefährdet? Ist der Arzt in einer solchen Situation berechtigt oder möglicherweise sogar verpflichtet, die Behandlung zum Wohl des Patienten ggf. auch gegen dessen Willen durchzuführen? Und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen?

Diese Fragen sollen im Folgenden genauer betrachtet werden. Ausgehend von der Paternalismusdebatte in der Medizinethik werden im ersten Abschnitt ethische Kriterien für die Zulässigkeit von Zwangsbehandlung entwickelt. Der zweite Abschnitt geht auf die Bedeutung von Vorausverfügungen bei Entscheidungen über Zwangsbehandlung ein. Im dritten Abschnitt wird die besondere Situation minderjähriger Patienten beleuchtet. Der abschließende vierte Abschnitt enthält Empfehlungen für einen ethisch verantwortungsvollen Umgang mit Zwangsbehandlung.

II. Zwangsbehandlung und (ärztlicher) Paternalismus

Unter ärztlichem Paternalismus versteht man Maßnahmen, die dazu bestimmt sind, das Wohl von Personen auch gegen deren gegenwärtige Wünsche und Präferenzen zu schützen. In der ethischen Debatte werden verschiedene Formen paternalistischen Handelns unterschieden: So kann bezogen auf die Personen, die die Adressaten solcher Handlungen sind, zwischen einem „starken" und einem „schwachen" Paternalismus differenziert werden: Sind diese Personen fähig, über ihre Angelegenheiten selbstständig zu entscheiden, handelt es sich um einen starken, in allen anderen Fällen um einen schwachen Paternalismus (Feinberg 1971). Die Behandlung gegen den Willen eines einwilligungsfähigen Patienten ist demnach Ausdruck eines *starken Paternalismus*, die Behandlung gegen den Willen eines nicht einwilligungsunfähigen Patienten Ausdruck eines *schwachen Paternalismus*.

Während der schwache Paternalismus unter der Voraussetzung, dass das mit ihnen angestrebte Ziel nicht auch mit milderen Maßnahmen erreicht werden kann, von den meisten Autoren als moralisch zulässig angesehen wird, stellt der starke Paternalismus einen Eingriff in die Autonomie des Patienten dar und ist daher wesentlich schwieriger zu rechtfertigen (Patzig 1989, Schöne-Seifert 1996). Bei der moralischen Bewertung entsprechender Eingriffe kommt es auch darauf an, ob durch sie nur das Wohl des Betroffenen selbst („reine" Form), oder auch das anderer Personen geschützt bzw. befördert werden soll („gemischte" Form) (Dworkin 1972). Nach klassisch liberalistischer Position sind nur gemischte Formen des starken Paternalismus zu rechtfertigen. Andere Autoren halten hingegen auch reine Formen für zulässig, wenn die hierdurch zu erreichende Minderung des Risikos bzw. die Förderung des Patientenwohls groß, das Ausmaß der Autonomieverletzung jedoch dazu relativ gering ist (Patzig 1989).

Entscheidend für die Unterscheidung zwischen starkem und schwachem Paternalismus ist, ob die Ablehnung der Behandlung eine autonome Willensäußerung des Patienten darstellt. Drei weithin anerkannte Bedingungen für autonome Handlungen sind Intentionalität, Verständnis und Abwesenheit von steuernden Einflüssen (Faden und Beauchamp 1986). Intendiert sind geplante Handlungen, unabhängig davon, ob sie vom Handelnden um ihrer selbst willen oder als Mittel gewünscht oder nur in Kauf genommen werden. Dies setzt voraus, das der Handelnde die Bedeutung seines Tuns, dessen wesentliche Folgen, Chancen und Risiken überschaut und versteht. Verständnis wiederum setzt ausreichende Einsichtsfähigkeit und Informiertheit des Handelnden voraus. Steuernde Einflüsse können durch psychische Krankheit, aber auch durch äußere Einflüsse wie Manipulation oder Zwang gegeben sein. Diese Bedingungen finden sich auch in der juristischen Definition von Einwilligungsfähigkeit wieder: Danach ist einwilligungsfähig, wer auf der Grundlage der ärztlichen Aufklärung in der Lage ist, Wesen, Bedeutung und Tragweite der geplanten Behandlung in Grundzügen zu verstehen und danach zu handeln.

Wendet man die genannten Unterscheidungen und Kriterien der Paternalismus-Debatte auf die Frage der Zulässigkeit einer Zwangsbehandlung bei Selbstgefährdung des Patienten an, so kann man Folgendes festhalten:

Eine *Behandlung gegen den autonomen Willen* eines entscheidungsfähigen Patienten stellt eine erhebliche Autonomieverletzung dar und ist deshalb nicht mit Verweis auf das Patientenwohl zu rechtfertigen. Moralisch vertretbar – im Sinne der gemischten Form des starken Paternalismus – wäre allenfalls eine Zwangsbehandlung, die nicht nur dem Wohl des Patienten, sondern auch dem Wohl bzw. Schutz Dritter dient.

Die *Behandlung gegen den natürlichen Willen* eines nicht entscheidungsfähigen Patienten zu dessen Wohl hingegen kann im Sinne eines schwachen Paternalismus unter bestimmten Voraussetzungen moralisch gerechtfertigt sein.

Zu diesen Voraussetzungen gehören insbesondere:

- Der Patient ist aufgrund seiner psychischen Erkrankung trotz Aufklärung nicht in der Lage, die Notwendigkeit der Behandlung einzusehen bzw. nach dieser Einsicht zu handeln,
- die Behandlung ist das letzte Mittel, um den Patienten vor einem erheblichen gesundheitlichen Schaden zu bewahren,
- der zu erwartende Nutzen der Behandlung überwiegt die zu erwartenden Beeinträchtigungen deutlich, *und*
- es gibt keine Hinweise, dass der Patient die Behandlung auch im einwilligungsfähigen Zustand ablehnen würde.

Diese Voraussetzungen findet man auch im aktuellen Betreuungsrecht wieder, wobei die ersten drei im Wesentlichen den inhaltlichen Kriterien entsprechen, die erfüllt sein müssen, damit ein Betreuer bzw. Bevollmächtigter in eine ärztliche Zwangsmaßnahme einwilligen kann (§ 1906 Abs. 3 BGB). Die vierte Voraussetzung wiederum ist in der Regelung der Patientenverfügung und der stellvertretenden Entscheidung (§ 1901a BGB) realisiert.

III. Zwangsbehandlung und Patientenverfügung

§ 1901a BGB legt fest, dass der Stellvertreter (der Betreuer bzw. Bevollmächtigte) des Patienten die in einer Patientenverfügung schriftlich dokumentierten Behandlungswünsche des aktuell nicht entscheidungsfähigen Patienten gegenüber den Ärzten zu vertreten und durchzusetzen hat. Die Patientenverfügung ist unabhängig von Art und Stadium der Erkrankung verbindlich, sofern sie sich auf die konkrete Behandlungssituation bezieht und keine konkreten Anhaltspunkte bestehen, dass der Patient sie widerrufen hat. Ein solcher Widerruf ist jederzeit formlos möglich. Liegt keine (eindeutige) Patientenverfügung vor, so hat der Stellvertreter auf der Grundlage sonstiger (z.B. mündlicher) Behandlungswünsche oder des mutmaßlichen Willens zu entscheiden. Letzterer ist aus konkreten Anhaltspunkten (z.B. frühere mündliche oder schriftliche Willensäußerungen, ethische oder religiöse Überzeugungen und sonstige persönliche Wertvorstellungen des Patienten) zu ermitteln.

Die in einer Patientenverfügung getroffenen Festlegungen müssen nicht auf lebenserhaltende Maßnahmen am Lebensende beschränkt sein, sondern können u.a. auch Aussagen zu psychiatrischen Behandlungen enthalten. Das bedeutet: Lehnt ein Patient in einem einwilligungsfähigen Zustand eine bestimmte psychiatrische Maßnahme in einer Patientenverfügung ab, so darf diese Maßnahme im Ernstfall nicht durchgeführt werden. Dieses „Vetorecht" besteht allerdings nur gegenüber ärztlichen Maßnahmen, wie z.B. medikamentösen Therapien oder der Elektrokrampftherapie. Freiheitsentziehende Maßnahmen wie Unterbringung, Fixierung oder Isolierung können in einer Patientenverfügung hingegen nicht verbindlich abgelehnt werden (Olzen 2009). Der Patient kann in einer Patientenverfü-

gung aber nicht nur ärztliche Maßnahmen ablehnen, sondern diesen auch antizipierend zustimmen.

Eine Alternative zur psychiatrischen Patientenverfügung, die der Patient auch ohne ärztliche Aufklärung und somit möglicherweise ohne genaue Kenntnis der Tragweite seiner Festlegungen abfassen kann, stellt die *psychiatrische Behandlungsvereinbarung* dar. Darunter versteht man eine vertragsähnliche Vereinbarung, die zwischen dem Behandlungsteam und dem Patienten am Ende oder nach einer stationären psychiatrischen Behandlung mit Blick auf mögliche künftige stationäre Behandlungen getroffen wird. Diese kann Wünsche, Präferenzen und Informationen des Patienten u.a. zur stationären Aufnahme, zur Art und Umfang der gewünschten Behandlung, zur Besuchsregelung oder zur sozialen Situation des Patienten umfassen (Dietz et al. 1998). Sofern sich die Aussagen in einer Behandlungsvereinbarung auf künftige medizinische Behandlungen beziehen, haben diese den Status einer Patientenverfügung.

Internationale Studien konnten zeigen, dass der Einsatz von psychiatrischen Patientenverfügungen und Behandlungsvereinbarungen u.a. zu einer Steigerung der Patientenzufriedenheit (Swanson et al. 2008) und zu einer Steigerung der Adhärenz (Wilder et al. 2010) führt. Drei Studien zeigten eine Reduktion von Zwangsmaßnahmen bei Patienten mit einer Behandlungsvereinbarung (Rittmannsberger und Lindner 2006, Henderson et al. 2004) bzw. einer psychiatrischen Patientenverfügung (Swanson et al. 2008). Eine Studie zeigte, dass Patientenverfügungen, die mit Unterstützung von sog. Peer Trainern erstellt wurden, meist plausibel und sinnvoll anwendbar waren (Srebnik et al. 2005). In Deutschland sind psychiatrische Patientenverfügungen und Behandlungsvereinbarungen als Angebot zwar vorhanden, kommen in der Praxis aber kaum vor (Borbé et al. 2012, Radenbach et al. 2014). Eine Studie aus Halle konnte zeigen, dass die dort abgeschlossenen Behandlungsvereinbarungen zu einer verbesserten Kommunikation von Ärzten und Patienten und zu mehr Partizipation seitens der Patienten führten, allerdings wenig Auswirkungen auf die Akutbehandlung hatten (Grätz und Brieger 2012).

IV. Zwangsbehandlung bei minderjährigen Patienten

Kinder und Jugendliche bedürfen eines besonderen Schutzes, da sie im Vergleich zu Erwachsenen weniger in der Lage sind, ihre Interessen zu vertreten, und ihre Bedürfnisse daher leichter übergangen werden können. Dieser Schutz darf sich aber nicht in eine Bevormundung minderjähriger Patienten umkehren. Wie also kann eine angemessene Beteiligung von Kindern und Jugendlichen bei sie betreffenden medizinischen Entscheidungen aussehen? Und wie verbindlich soll die Ablehnung einer Behandlung durch einen Minderjährigen sein?

Hierzu ist zunächst festzustellen, dass der Beginn der Einwilligungsfähigkeit nicht an ein Mindestalter gebunden ist. Sofern ein minderjähriger Patient die notwendige kognitive und emotionale Reife besitzt, Bedeutung und Tragweite eines

Eingriffs sowie der Einwilligung in diesen zu verstehen, ist er als einwilligungsfähig anzusehen und dementsprechend zu behandeln. Dies bedeutet, dass vor Beginn einer Behandlung seine informierte Einwilligung (*informed consent*) einzuholen ist. Eine Behandlung gegen den Willen eines einwilligungsfähigen Minderjährigen zu dessen vermeintlichem Wohl ist aus ethischer Sicht abzulehnen – ebenso wie die vom Bundesgerichtshof in einem Urteil aus dem Jahre 2006 vorgenommene Einschränkung des Vetorechts minderjähriger Patienten auf „relativ indizierte Eingriffe" (Bundesgerichtshof 2007).

In der Literatur trifft man immer wieder auf die Empfehlung, dass ab einem Alter von 14 Jahren die Einwilligungsfähigkeit im Einzelfall zu prüfen und ab einem Alter von 16 Jahren in der Regel vorauszusetzen ist. Empirische Untersuchungen haben jedoch gezeigt, dass chronisch kranke Kinder schon ab etwa dem zehnten Lebensjahr die für die Einwilligungsfähigkeit erforderliche Reife und Erfahrung haben können (Peters 2013). Diese Ergebnisse sprechen dafür, die Einwilligungsfähigkeit von Minderjährigen schon in einem deutlich früheren Alter, als bislang empfohlen, zu prüfen.

Bei einem nicht einwilligungsfähigen Minderjährigen müssen die sorgeberechtigten Eltern stellvertretend für ihr Kind entscheiden. Anders als etwa ein Patient im Koma, ist ein nicht einwilligungsfähiger Minderjähriger aber durchaus in der Lage, am Behandlungsgeschehen aktiv teilzunehmen und diesbezügliche Präferenzen zu äußern. Er sollte deshalb seinem Alter und seiner Reife entsprechend in die Entscheidung über seine Behandlung mit einbezogen werden. Dies kann stufenweise durch Information über den geplanten Eingriff, durch Anhören seiner Meinung oder durch Mitberücksichtigung seiner Meinung bei der Entscheidungsfindung erfolgen (Alderson 2008). Ergänzend zur stellvertretenden Einwilligung der Eltern sollte also auch die informierte Zustimmung (*informed assent*) des Kindes angestrebt werden.

Lehnt ein nicht einwilligungsfähiger Minderjähriger eine Behandlung, in die seine Eltern eingewilligt haben, ab, sollte zunächst überlegt werden, wie die Kooperationsbereitschaft des Minderjährigen gefördert werden kann. Ferner sollte man über mögliche alternative Vorgehensweisen nachdenken. Eine Behandlung gegen den nachdrücklich und wiederholt vorgebrachten Willen des Kindes sollte nur als letzte Option ins Auge gefasst werden. Hierbei ist eine sorgfältige Abwägung des möglichen Nutzens und des möglichen Schadens der Behandlung mit Blick auf die verschiedenen Aspekte des Kindeswohls (körperliche Unversehrtheit, psychisches, soziales und spirituelles Wohlergehen, gute familiäre Beziehungen und eine förderliche Umgebung) vorzunehmen. Bei der Einschätzung des möglichen Schadens einer (Zwangs-)Behandlung sind neben objektiven Aspekten (Nebenwirkungs- und Komplikationsrisiken) auch subjektive Aspekte (Schmerz, Angst, Verunsicherung, Beschämung) sowie zukünftige Aspekte (Beschränkung von grundlegenden, die Entwicklung des Kindes betreffenden Optionen wie Bildung, Identität, Fortpflanzungsfähigkeit etc.) zu bedenken (Wiesemann 2015).

V. Ein ethisch verantwortlicher Umgang mit Zwangsbehandlung

Eine Zwangsbehandlung stellt auch bei Selbstgefährdung einen schwerwiegenden Eingriff in das Recht auf körperliche Unversehrtheit sowie in das Selbstbestimmungsrecht des Patienten dar. Ungeachtet dessen kann ein solcher Eingriff in bestimmten Situationen erforderlich sein, um einen schwerwiegenden gesundheitlichen Schaden vom Patienten abzuwenden, der auf keine andere, dem Patienten zumutbare Weise abgewendet werden kann. Die moralischen Voraussetzungen dafür sind, dass der Patient aufgrund psychischer Erkrankung oder fehlender Reife die Notwendigkeit der Behandlung nicht einsehen bzw. nicht gemäß dieser Einsicht handeln kann, dass die ärztliche Zwangsmaßnahme mit Blick auf den zu erwartenden Nutzen und die zu erwartenden Belastungen angemessen ist, und dass die Zwangsbehandlung das letzte Mittel darstellt, um den drohenden Schaden abzuwenden.

Die genannten Voraussetzungen setzen eine sorgfältige Prüfung der Einwilligungsfähigkeit voraus, wobei die Verweigerung der Zustimmung allein keinen Grund ist, dem Patienten die Einwilligungsfähigkeit abzusprechen. Bei der Nutzen-Schadensrisiko-Abwägung sind nicht nur der mögliche Nutzen und die möglichen Risiken des Eingriffs selbst, sondern auch die mögliche Beeinträchtigung des Behandlungserfolgs durch den Zwang, das subjektive Erleben des Patienten sowie mögliche Auswirkungen auf das Vertrauensverhältnis zwischen Patient und Arzt zu bedenken. Ferner muss der Durchführung der Maßnahme das ernsthafte Bemühen um Zustimmung des Patienten zur Kooperation vorausgehen.

Um sicherzustellen, dass die ethischen Voraussetzungen erfüllt sind, sollte die Entscheidung über eine Zwangsbehandlung durch ein multiprofessionelles Team unter Einschluss auch des Pflegepersonals getroffen werden, wobei die Gesamtverantwortung für deren Durchführung beim behandelnden Arzt liegt (Zentrale Ethikkommission 2013). Der Stellvertreter des Patienten sollte frühzeitig in den Prozess der Entscheidungsfindung eingebunden werden. In schwierigen oder kontroversen Entscheidungssituationen kann auch die Inanspruchnahme einer klinischen Ethikberatung (z.B. im Rahmen einer ethischen Fallbesprechung) hilfreich sein. Die Entscheidung für die Durchführung einer Zwangsbehandlung sollte in kurzen zeitlichen Abständen überprüft werden.

Psychiatrische Behandlungsvereinbarungen sind ein Instrument zur Stärkung des Selbstbestimmungsrechts von Menschen mit psychischen Erkrankungen. Internationale Erfahrungen zeigen, dass sie auch zu einer Reduktion von Zwangsbehandlungen beitragen können. Der Abschluss von Behandlungsvereinbarungen sollte deshalb gefördert werden.

Literatur

Alderson, Priscilla (2003); Die Autonomie des Kindes – über die Selbstbestimmungsfähigkeit von Kindern in der Medizin. In: Wiesemann Claudia/ Dörries, Andrea (Hrsg.) Das Kind als Patient. Ethische Konflikte zwischen Kindeswohl und Kindeswille. Frankfurt/New York: Campus, S. 28-47.

Borbé, Raoul/ Jaeger, Susanne/ Borbé, Stefan et al. (2012); Use of joint crisis plans in psychiatric hospitals in Germany: Results of a nationwide survey. Nervenarzt 83: 638–643.

Bundesgerichtshof (2007) Urteil vom 10.10.2006, Az.: VI ZR 74/05, FamRZ: 130-133.

Dietz, Angelika/ Pörksen, Niels/ Voelzke, Wolfgang (Hrsg.) (1989); Behandlungsvereinbarungen, Vertrauensbildende Maßnahmen in der Akutpsychiatrie. Bonn: Psychiatrie Verlag.

Dworkin, Gerald (1972); Paternalism. Monist 56: 64-84.

Faden, Ruth R./ Beauchamp, Tom Lamar (1986); A history and theory of informed consent. New York, Oxford: Oxford University Press.

Feinberg, Joel (1971); Legal paternalism. Canadian Journal of Philosophy 1: 105-124.

Grätz, Juliane/ Brieger, Peter (2012); Einführung und Umsetzung einer Behandlungsvereinbarung. Eine empirische Studie unter Berücksichtigung von Betroffenen, Ärzten und Sozialarbeitern. Psychiatr Praxis 39: 388–398.

Henderson, Claire/ Flood, Chris, Leese Morven et al. (2004); Effect of joint crisis plans on use of compulsory treatment in psychiatry: single blind randomised controlled trial. Br Med J 329: 136.

Olzen, Dirk (2009); Die Auswirkungen des Betreuungsrechtsänderungsgesetzes (Patientenverfügungsgesetz) auf die medizinische Versorgung psychisch Kranker. URL: https://www.dgppn.de/fileadmin/user_upload/_medien/download/pdf/stellungnahmen/2010/stn-2010-04-15-anh-gutachten-prof-olzen-pat-vg.pdf (zuletzt abgerufen am: 21.3.2016).

Patzig, Günter (1989); Gibt es eine Gesundheitspflicht? Ethik Med 1: 3-12.

Peters, Sabine (2013); Wenn Kinder anderer Meinung sind. Die ethische Problematik von Kindeswohl und Kindeswille in der Kinder- und Jugendmedizin (Dissertation). URL: http://hdl.handle.net/11858/00-1735-0000-0001-BBDB-8 (zuletzt abgerufen am: 21.3.2016).

Radenbach, Katrin/ Falkai, Peter/ Weber-Reich, Traudel, Simon Alfred (2014); Joint crisis plans and psychiatric advance directives in German psychiatric practice. J Med Ethics 40: 343-345.

Rittmannsberger, Hans/ Lindner Hildegard (2006); Erste Erfahrungen mit dem Angebot einer Behandlungsvereinbarung. Psychiatr Praxis 33: 95–98.

Schöne-Seifert, Bettina (2009); Paternalismus. Zu seiner ethischen Rechtfertigung in Medizin und Psychiatrie. In: Honnefelder, Ludger/ Sturma, Dieter (Hrsg.) Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik Bd. 14. Berlin: De Gruyter, S. 107-127.

Schöne-Seifert, Bettina (1996); Medizinethik. In: Nida-Rümelin Julian (Hrsg.) Angewandte Ethik. Die Bereichsethiken und ihre theoretische Fundierung. Stuttgart: Kröner, S. 552–648.

Srebnik, Debra S./ Rutherford, Lindsay T./ Peto, Tracy et al. (2005); The content and clinical utility of psychiatric advance directives. Psychiatr Serv 56: 592-598.

Swanson, Jeffrey W./ Swartz, Marvin S./ Elbogen, Eric B. et al. (2008); Psychiatric advance directives and reduction of coercive crisis interventions. J Ment Health 17: 255-267.

Vollmann, Jochen (2008); Patientenselbstbestimmung und Selbstbestimmungsfähigkeit. Beiträge zur Klinischen Ethik. Münster: Mentis.

WHO – World Health Organisation (2001); International classification of functioning, disability and health: ICF. Geneva: World Health Organization. Genf.

Wiesemann, Claudia (2015); Ethik in der Kinderheilkunde und Jugendmedizin. In: Marckmann, Georg (Hrsg.) Praxisbuch Ethik in der Medizin. Berlin: Medizinisch Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, S. 313-325.

Wilder, Christine M./ Elbogen, Eric B./ Moser, Lorna L. et al. (2010); Medication preferences and adherence among individuals with severe mental illness and psychiatric advance directives. Psychiatr Serv 61: 380-385.

Zentrale Ethikkommission bei der Bundesärztekammer (2013); Zwangsbehandlung bei psychischen Erkrankungen. Stellungnahme. Dtsch Ärztebl 110: A1334-1338.

.

Zwangsbehandlung von Minderjährigen bei Selbstgefährdung

Isabell Götz

I. Einleitung[1]

Ein Referent hat es relativ leicht, wenn er zur Bearbeitung des ihm gestellten Themas auf eine Vorschrift zugreifen und Rechtsprechung und Literatur dazu erörtern kann, um anschließend Reformbedarf aufzuzeigen oder auch von einer Reform abzuraten. So gesehen stehe ich mit ziemlich leeren Händen da: Die Zwangsbehandlung minderjähriger Kinder ist gesetzlich nicht geregelt, Rechtsprechung und Literatur dazu sind – jedenfalls im Familienrecht – überschaubar. Schon bei meinen ersten Recherchen, als auch – erst recht – bei dem Bemühen um einen nachvollziehbaren Aufbau für diesen Vortrag, überkam mich zeitweise eine gewisse „Vertragsreue", die allerdings durch das dem Juristen eingebrannte „pacta sunt servanda" sogleich pflichtgemäß verdrängt wurde.

---

[1] Die Vortragsfassung wurde beibehalten und um Fußnoten ergänzt.

Selbstgefährdung Minderjähriger als Grund für eine Zwangsbehandlung – es geht bei meinem Thema also um Zwangsernährung von Anorexiepatienten, Zwangsmedikation bei psychotischen Kindern oder einem anderen akut selbstgefährdenden Verhalten, wie etwa bei Suchterkrankungen oder Suizidgefahr. Unausweichlich stellt sich in diesem Zusammenhang – Zwangsbehandlung, Zwangsmedikation, Diagnostik unter Zwang – auch die Frage nach einer Fixierung oder einem vergleichbaren Festhalten, ohne dass eine Unterbringung im Sinn von § 1631b BGB vorliegt.

Diesem Thema entsprechend bleibe ich bei meinen nachfolgenden Ausführungen im Zivilrecht und klammere die öffentlich-rechtliche Unterbringung, das SGB VIII und erst recht strafrechtliche Fragen aus.

Einen kurzen Blick werfe ich jedoch auf eine Selbstgefährdung durch Ablehnung einer bestimmten Behandlung aus religiösen oder vermeintlich religiösen Gründen (Stichwort: Bluttransfusion, Meditation statt Medikation) und schließlich auf die Ablehnung einer Behandlung durch ein unheilbar erkranktes Kind selbst.
Der terminliche Zufall wollte es, dass ich mit nahezu demselben Thema am 5.11.2015 auf einem Workshop[2] befasst war, der im Rahmen des Projekts „Versorgung psychisch kranker Kinder und Jugendlicher – Bestandsaufnahme und Bedarfsanalyse“ stattfand, an dem ich beteiligt bin.[3] Ich habe viele Eindrücke von dort mitgenommen und versucht, sie für diesen Vortrag noch nutzbar zu machen.

Im Folgenden gehe ich im Wesentlichen drei Fragen nach, nämlich:

1. Ist die Zwangsbehandlung Minderjähriger im Zivilrecht hinreichend geregelt,
2. wie gehen Rechtsprechung und Literatur mit dem Thema um und
3. ist eine gesetzliche Regelung erforderlich und zulässig?

Ich meine, dass der Gesetzgeber selbst und die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wie des Bundesgerichtshofs uns die Fragen weitgehend beantworten.

II. Ist die Zwangsbehandlung Minderjähriger im Zivilrecht hinreichend geregelt?

Über seinen Körper selbst zu bestimmen, ist das höchstpersönliche Recht eines Menschen. Das Recht auf körperliche Unversehrtheit steht unter dem Schutz der Verfassung (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG), und Eingriffe in die körperliche Integrität

[2] „Wer bestimmt? Partizipation, Zwang, elterliche Sorge und Selbstbestimmung in der kinder- und jugendpsychiatrischen Behandlung“.
[3] Durchgeführt im Auftrag und unter Mitwirkung des Bundesministeriums für Gesundheit durch die Aktion Psychisch Kranke, Vereinigung zur Reform der Versorgung psychisch Kranker e.V.

erfüllen nach ständiger Rechtsprechung den Tatbestand der Körperverletzung.[4] Regelmäßig lässt nur die Zustimmung des Rechtsinhabers die Rechtswidrigkeit und damit die Strafbarkeit einerseits und die zivilrechtliche Haftung andererseits entfallen, so es sich nicht um einen Notfall handelt.[5] Eine Zwangsbehandlung, auch eine Zwangsmedikation,[6] stellt nicht nur einen Eingriff in den Schutzbereich der körperlichen Integrität dar, sondern auch in das verfassungsrechtlich geschützte Recht auf Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 GG), so dass sie stets einer besonderen Rechtfertigung bedarf.[7] Bis jetzt bewege ich mich auf sicherem Grund, verlasse ihn aber dann, wenn ich mich minderjährigen Kindern zuwende.
Der Bundesminister der Justiz und für Verbraucherschutz Heiko Maas hat sich im Mai 2015 in einer Festrede zu dem Thema „Recht und Medizin zwischen Leben und Tod“ beispielhaft auf das Buch „Kindeswohl“ von McEwan bezogen.[8] In diesem Roman muss Fiona Maye, Familienrichterin am High Court in London, über eine Bluttransfusion entscheiden, die ein fast 18-Jähriger, ebenso wie seine Eltern, aus religiösen Gründen ablehnt, ohne die er aber in kurzer Zeit sterben würde. Minister Maas fasst zusammen, dass es an dieser Schnittstelle von Recht und Medizin um vier wesentliche Punkte gehe, nämlich das Erziehungsrecht der Eltern, das Lebensrecht eines Minderjährigen, sein Recht auf Selbstbestimmung sowie die Freiheit der Religionsausübung. Ich werde auf diese Rede noch an der einen oder anderen Stelle zurückkommen.

Lassen Sie uns also über die vorhandenen gesetzlichen Regelungen im Kindschaftsrecht und damit über das Sorgerecht der Eltern in das Thema „einsteigen“, vielleicht genügen sie für unsere Zwecke. Ich werde im Folgenden pauschal von den „Eltern“ sprechen, ohne alle Varianten der Alleinentscheidungsbefugnis eines Elternteils aufzulisten, da ich abstrakt der Frage nach der Rechtsgrundlage für die Entscheidung des hierzu berufenen Elternteils und der Notwendigkeit einer expliziten gesetzlichen Regelung nachgehen will.

Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG garantiert den Eltern das Recht auf Pflege und Erziehung ihrer Kinder. Die Erziehung liegt damit primär und umfassend in ihrer Verantwortung, wobei den Eltern dieses Recht nicht vom Staat „verliehen“, sondern von diesem als vorgegebenes Recht anerkannt wird, auch darauf werden wir später noch einmal zurückkommen. Eltern können deshalb grundsätzlich frei von staatlichen Eingriffen nach eigenen Vorstellungen darüber entscheiden, wie sie die Pflege

---

[4] Zur Verordnung eines Medikaments vgl. BGH, NJW 2005, 1716.

[5] Palandt/*Sprau*, BGB, 75. Aufl. 2016, § 823 Rn. 152; vgl. dazu auch *Götz*, in: Hilbig-Lugani/Jakob/Mäsch/Reuß/Schmid (Hrsg.), Zwischenbilanz, Festschrift für Dagmar Coester-Waltjen, 2015, S. 89, 90.

[6] LG Lübeck, BtPrax 2014, 282: ärztliche Zwangsmaßnahme durch verdeckte Medikamentengabe (Rechtsbeschwerde durch Beschluss des BGH vom 1.10.2015, XII ZB 421/14, zurückgewiesen).

[7] *Bünnigmann*, BtPrax 2015, 91.

[8] http://www.bmjv.de/SharedDocs/Reden/DE/2015/05212015_Ko%C3%9Fmann_Preis.html (zuletzt abgerufen am: 21.3.2016).

und Erziehung ihrer Kinder gestalten und damit ihrer Elternverantwortung gerecht werden, wobei das Kindeswohl die oberste Richtschnur elterlicher Pflege und Erziehung sein muss.[9] Eltern bestimmen demnach inhaltlich, was für ihr Kind gut ist und welche Werte und Ansichten in religiöser, politischer oder ethischer Hinsicht sie an ihr Kind weitergeben. Dieser Freiraum der Eltern ist nicht nur grundrechtlich durch den bereits erwähnten Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG, sondern auch durch Art. 8 EMRK gesichert.[10]

Nach § 1626 BGB umfasst das Recht der elterlichen Sorge die Personen- und die Vermögenssorge. Zur Personensorge gehören insbesondere die Pflicht und das Recht, das Kind zu pflegen und zu erziehen, es zu beaufsichtigen und seinen Aufenthalt zu bestimmen. Dabei ist den Eltern in jedem Segment ihres Sorgerechts der bereits erwähnte große Entscheidungsspielraum eingeräumt, d.h. dass die Eltern aufgrund ihres Erziehungsvorrangs alle Erziehungsinhalte und -methoden bis zur Grenze einer ihnen zurechenbaren Gefährdung des Kindes jeweils selbst bestimmen. In § 1626 Abs. 2 BGB ist allerdings der Grundsatz einer partnerschaftlichen Erziehung festgelegt, nach dem die Eltern bei der Pflege und Erziehung ihres Kindes die wachsende Fähigkeit und das wachsende Bedürfnis ihres Kindes zu selbständigem und verantwortungsbewusstem Handeln zu berücksichtigen haben. In § 1631 Abs. 2 BGB ist zudem der Grundsatz der gewaltfreien Erziehung gesetzlich verankert, nach dem körperliche Bestrafungen, seelische Verletzungen und andere entwürdigende Erziehungsmaßnahmen unzulässig sind.

Das Recht der Personensorge umfasst die Gesundheitssorge und damit Entscheidungen der Eltern über medizinische Behandlungen und ärztliche Eingriffe an ihrem Kind. Auch in diesem Teilbereich des Sorgerechts kommt ihnen der schon dargestellte weite Beurteilungs- und Ermessensspielraum zu.[11] So gibt es für viele Krankheiten ganz unterschiedliche Behandlungsmethoden. Der eine setzt auf die Schulmedizin und greift rasch zu einem Medikament, während der andere alternative Methoden bevorzugt und Medikamente, wenn irgend möglich, meidet. In der soeben erwähnten Rede von Minister Maas stellt dieser daher fest, dass sich die richtige Behandlung nicht immer objektiv bestimmen lässt und es deshalb Sache des Einzelnen sei, ob und wie er behandelt werden möchte. Dies gilt grundsätzlich gleichermaßen für die elterliche Entscheidung über eine Behandlung des Kindes.[12] Eltern sind im Rahmen der elterlichen Fürsorge allerdings auch zum Schutz ihres Kindes verpflichtet. Sie müssen Gefahren von ihrem Kind abwehren, sei es, dass

[9] BVerfG, FamRZ 2012, 1127, 1128.

[10] *Lipp*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp (Hrsg.), Arztrecht, 7. Aufl. 2015, Kapitel VI Rn. 181.

[11] *Taupitz*, in: Götz/Schwenzer/Seelmann/Taupitz (Hrsg.), Familie – Recht – Ethik, Festschrift für Gerd Brudermüller, 2014, S. 813, 815.

[12] Zur Haftung gegenüber dem Kind vgl. Palandt/*Götz* (Fn. 5), § 1664 Rn. 1; MüKo-BGB/*Huber*, Familienrecht II, 6. Aufl. 2012, § 1664 Rn. 1 mit Nachweisen auch zur Gegenansicht: Haftung gemäß § 280 BGB.

diese von außen kommen, sei es, dass das minderjährige Kind sich selbst gefährdet, indem es droht, vom Wickeltisch zu fallen oder sich zu Tode zu hungern.

Diese primäre Entscheidungszuständigkeit beruht auf der Erwägung, dass die Eltern die Interessen ihres Kindes am besten wahrnehmen. Dabei wird sogar die Möglichkeit in Kauf genommen, dass ein Kind durch einen Entschluss seiner Eltern Nachteile erleidet, die im Rahmen einer nach objektiven Maßstäben getroffenen Erziehungsentscheidung vielleicht vermieden werden könnten.[13]

Auch ein umfassendes Sorgerecht ist indes nicht grenzenlos: § 1631c BGB verbietet ohne jede Ausnahme die Sterilisation eines minderjährigen Kindes und begrenzt dadurch die elterliche Sorge. Heilbehandlungen, die als sekundäre Folge eine Sterilität verursachen können, unterfallen dieser Vorschrift allerdings nicht; in diese können die Eltern also wirksam einwilligen.[14]

Eine weitere Grenze folgt aus § 1666 BGB: Gefährden die Eltern das körperliche, geistige oder seelische Wohl ihres Kindes und sind sie selbst nicht gewillt oder nicht in der Lage, die Gefahr abzuwenden, muss der Staat sein Wächteramt im Sinn von Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG ausüben und ist befugt, zur Sicherstellung der Pflege und Erziehung des Kindes in dem Umfang in das Sorgerecht einzugreifen, soweit dies zur Gefahrenabwehr erforderlich ist. Dem Staat steht diese durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit begrenzte Eingriffsbefugnis aber *nur* als ultima ratio zur Verfügung. Erst dann, wenn unterstützende Maßnahmen mit dem Ziel, ein verantwortungsgerechtes Verhalten der Eltern zu erreichen, erfolglos geblieben sind, darf der Staat in das Erziehungsrecht eingreifen oder dieses sogar ganz entziehen. Das Bundesverfassungsgericht wacht aufmerksam darüber, dass diese hohe Eingriffsschranke eingehalten wird, wie gerade die Entscheidungen der beiden letzten Jahre deutlich gezeigt haben.[15]

Aus dem bisher Dargelegten ergibt sich, dass das Sorgerecht bzw. die Gesundheitssorge der Eltern auch die Entscheidung über eine Zwangsbehandlung ihres Kindes umfasst, da – mit Ausnahme einer Kindeswohlgefährdung – insoweit keine Einschränkung besteht.

Sehen wir uns trotzdem noch ein wenig weiter im Kindschaftsrecht um:

Manche Entscheidungen der Eltern sind an die Genehmigung des Familiengerichts gebunden, so eine mit einer Freiheitsentziehung verbundene Unterbringung eines Kindes (§ 1631b BGB) und bestimmte Rechtsgeschäfte (§§ 1643, 1821, 1822 BGB).

Unter einer freiheitsentziehenden Unterbringung ist die umfassende Entziehung der Bewegungsfreiheit durch Beschränkung auf einen begrenzten Raum, etwa die geschlossene Abteilung eines Krankenhauses, zu verstehen, so dass der Wille,

---

[13] BVerfG, FamRZ 2010, 713 Rn. 33; BGH, FamRZ 2013, 1646 Rn. 22.

[14] Staudinger/*Salgo*, BGB, Buch 4: Familienrecht, Elterliche Sorge 1, Neubearbeitung 2015, § 1631c Rn. 7.

[15] BVerfG, FamRZ 2014, 907, 1177, 1266, 1270 und 1772; JAmt 2014, 223 und 419; FamRZ 2015, 112 und 208; siehe auch FamRZ 2015, 2120 und FamRZ 2016, 22.

sich frei zu bewegen, nicht durchgesetzt werden kann. Dabei kommen häufig Überwachung und Kontrolle zur Verhinderung des Entweichens und des Kontakts nach außen hinzu.[16] Die Entscheidung über die Unterbringung liegt trotz des von § 1631b BGB aufgestellten Genehmigungserfordernisses bei den Sorgeberechtigten. Deren Aufenthaltsbestimmungsrecht wird jedoch dadurch eingeschränkt, dass die Zulässigkeit einer solchen Unterbringung von der richterlichen Genehmigung abhängt.[17]

Die Genehmigung der freiheitsentziehenden Unterbringung des Kindes durch die Eltern wird vom Familiengericht nur erteilt, wenn sie zum Wohl des Kindes, insbesondere zur Abwendung einer erheblichen Selbst- oder Fremdgefährdung, erforderlich ist. Hinzukommen muss, dass eine anderweitige Gefahrenabwehr, insbesondere durch öffentliche Hilfen, ausscheidet.

Im Rahmen des § 1631b BGB besteht zum einen Uneinigkeit, ob es zur Verfahrenseinleitung eines Antrags des Inhabers des Aufenthaltsbestimmungsrechts bedarf[18] oder nicht[19]. Zum anderen wird die Maßgeblichkeit einer „Freiwilligkeitserklärung" des minderjährigen Kindes uneinheitlich bewertet. Hier reicht die Meinungsspanne vom Wegfall einer genehmigungsbedürftigen Freiheitsentziehung bereits bei mit natürlichem Willen gefasster Zustimmung zum Verbleib durch das Kind[20] bis zur Bedeutungslosigkeit der Einwilligung auch des einsichtsfähigen Kindes[21].

§ 1631b BGB hat eine interessante Geschichte, die ich später für meine Argumentation benötige und die deshalb bereits an dieser Stelle kurz dargestellt werden soll.[22]

Infolge einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 10.2.1960[23] wurde durch das Familienrechtsänderungsgesetz vom 11.8.1961[24] mit § 1800 Abs. 2 BGB a.F. erstmals ein Genehmigungstatbestand für die freiheitsentziehende Unterbringung von Mündeln geschaffen, der für minderjährige und für volljährige Mündel und für Pfleglinge galt. Kinder, die – nach damaliger Begrifflichkeit – unter elterlicher „Gewalt" standen, wurden zunächst nicht erfasst, weil

---

[16] Palandt/*Götz* (Fn. 5), § 1631b Rn. 2 m.w.N.
[17] BeckOK-BGB/*Veit*, Stand 1.11.2011, § 1631b Rn. 1; vgl. auch BT-Drucks. 8/2788, S. 38.
[18] BVerfG, FamRZ 2007, 1627, 1628; OLG Bremen, FamRZ 2013, 1227; OLG Frankfurt, JAmt 2015, 334.
[19] *Vogel*, Die familiengerichtliche Genehmigung der Unterbringung mit Freiheitsentziehung bei Kindern und Jugendlichen nach § 1631b BGB, 2014, S. 68.
[20] *Hoffmann*, Personensorge, 2. Aufl. 2013, § 7 Rn. 13.
[21] Staudinger/*Salgo* (Fn. 14), § 1631b Rn. 8.
[22] Zur Diskussion, ob und inwieweit Art. 104 Abs. 2 S. 1 GG, nach dem über Zulässigkeit und Fortdauer einer Freiheitsentziehung der Richter zu entscheiden hat, als verfassungsrechtliche Grundlage des § 1631b BGB außer Betracht bleibt oder jedenfalls indirekt über Art. 2 GG auch in das elterliche Sorgerecht hineinwirkt, vgl. *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht, 6. Aufl. 2010, § 7 Rn. 14.
[23] NJW 1960, 811.
[24] BGBl. I S. 1221.

sich das Bundesverfassungsgericht in der genannten Entscheidung mit diesen ausdrücklich nicht befasst hatte. Art. 104 Abs. 2 GG wurde jedenfalls insoweit als nicht entgegenstehend angesehen, da dieser sich nur auf Eingriffe der öffentlichen Gewalt beziehe und elterliche Gewalt auf dem natürlichen Verhältnis der Eltern zu ihren Kindern beruhe und unmittelbar kraft Gesetzes eintrete.[25] Eine Argumentation, die uns später bei einer jüngeren BGH-Entscheidung[26] noch einmal begegnen wird. § 1631b BGB, der § 1800 Abs. 2 BGB a.F. ablöste, führte die Genehmigungspflicht für Eltern im Jahr 1980 ein.[27] Eine freiheitsentziehende Unterbringung und damit eine für das Kind besonders einschneidende Maßnahme sollte auch von den Eltern nicht mehr ohne die zusätzliche rechtsstaatliche Garantie einer – damals noch – vormundschaftsgerichtlichen Kontrolle getroffen werden können.

III. Wie gehen Rechtsprechung und Literatur mit dem Thema um?

Zunächst liegt die Frage nahe, ob eine Entscheidung des Familiengerichts zur freiheitsentziehenden Unterbringung gemäß § 1631b BGB auch eine währenddessen beabsichtigte Zwangsbehandlung und gegebenenfalls weitere Fixierungs- oder Einschließungsmaßnahmen umfasst.[28] Dies ist m.E. nach dem klaren Wortlaut nicht der Fall, auch wenn möglicherweise mit solchen weiteren Maßnahmen während der Unterbringung zu rechnen ist oder diese sogar schon feststehen. Für diese enge Auslegung des § 1631b BGB spricht zum einen ein Blick auf das Betreuungsrecht mit seinen ausdifferenzierten Regelungen für die freiheitsentziehende Unterbringung, unterbringungsähnliche Maßnahmen und eine Zwangsbehandlung. Zum anderen spricht die Rechtsprechung des BGH zu § 1906 Abs. 4 BGB dafür, in der das Erfordernis einer gesonderten Genehmigung für eine Fixierung explizit betont wird, und zwar auch im Rahmen einer (bereits genehmigten) Unterbringung.[29] Soweit vertreten wird, dass bei der Zwangsbehandlung eines Minderjährigen, die im Rahmen einer freiheitsentziehenden Unterbringung erfolgt, mittelbar auch das Vorliegen der Voraussetzungen für die Zwangsbehandlung zu prüfen sei,[30] vermag ich dem für das Kindschaftsrecht deshalb nicht zuzustimmen. § 1631b BGB begrenzt das Aufenthaltsbestimmungsrecht der Eltern. Entscheidungen im Rahmen der Gesundheitssorge und damit auch die Entscheidung über eine Zwangsbehand-

[25] Palandt/*Lauterbach*, BGB, 21. Aufl. 1962, § 1631 Anm. 4.
[26] FamRZ 2013, 1646.
[27] Gesetz zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge vom 18.7.1979, BGBl. I S. 1061.
[28] Vgl. auch LG Berlin, FamRZ 1991, 365: Fixierung am Stuhl und Bettgitter als Freiheitsentziehung im Sinn von § 1631b BGB.
[29] BGH, FamRZ 2012, 1866 Rn. 14; FamRZ 2015, 1707.
[30] Hoffmann, NZFam 2015, 985, 987.

lung sind nach derzeitiger Gesetzeslage genehmigungsfrei. Die inzidente Prüfung des Vorliegens der (im Übrigen nicht kodifizierten) Voraussetzungen einer Zwangsbehandlung des Kindes im Rahmen der Unterbringung liefe deshalb auf eine unzulässige Ausübungskontrolle der elterlichen Sorge hinaus. Die Prüfung des Familienrichters hat sich daher auf die Frage zu beschränken, ob eine Unterbringung zur Abwendung einer Selbstgefährdung durch Zwangsbehandlung erforderlich ist. Seiner Prüfungskompetenz unterfällt dabei auch die Frage, ob die Zwangsbehandlung das Kindeswohl gefährdet, da in diesem Fall die zur Realisierung dieser Behandlung intendierte Unterbringung nicht genehmigungsfähig wäre. Die unter der Schwelle der Kindeswohlgefährdung liegende Frage der Kindeswohldienlichkeit der Zwangsbehandlung entscheiden die Eltern hingegen autonom. Für diese enge Auslegung spricht zudem der Vergleich mit einer ambulanten Zwangsbehandlung, die der Familienrichter de lege lata nur im Fall einer Kindeswohlgefährdung gemäß § 1666 BGB unterbinden könnte.

Auch das im Gesetz für bestimmte rechtsgeschäftliche Entscheidungen der Eltern und des Vormunds bzw. Pflegers vorgesehene Erfordernis einer familiengerichtlichen Genehmigung gemäß §§ 1643, 1821, 1822, 1915 BGB hilft nicht weiter. Nach insoweit einhelliger Ansicht ist der Katalog der genehmigungsbedürftigen Geschäfte abschließend und kann insbesondere nicht auf medizinische Entscheidungen der Eltern ausgedehnt werden.[31]

Wie wäre es nun aber mit einem Rückgriff auf betreuungsrechtliche Regelungen und damit einer Genehmigungsbedürftigkeit bei gefahrbehafteten ärztlichen Maßnahmen, bei einer Zwangsbehandlung und bei Fixierungen und ähnlichen freiheitseinschränkenden Maßnahmen analog §§ 1904, 1906 Abs. 3, 3a und 4 BGB? Die analoge Anwendung des § 1906 Abs. 4 BGB wurde vom BGH in seiner Entscheidung vom 7.8.2013 bereits geprüft und deren Zulässigkeit – nach meiner Ansicht zutreffend – verneint.[32] Der BGH argumentiert unter Bezugnahme auf die Gesetzesbegründung zu § 1906 Abs. 4 BGB[33] damit, dass darin ausdrücklich darauf hingewiesen werde, dass die materielle Regelung der Unterbringung von Kindern von der neuen Vorschrift nicht berührt werde. Bei Kindern stelle sich die Unterbringung als Teil der Ausübung der elterlichen Sorge dar, und die hierfür geltende Regelung solle sich nach wie vor auf eine allgemeine Prüfung beschränken, ob diese Form der Ausübung der elterlichen Sorge dem Wohl des Kindes entspreche.[34] Eine planwidrige Gesetzeslücke fehle mithin.

In der Rechtsprechung und der Literatur wurde die Frage einer Analogie zum Betreuungsrecht vor der genannten BGH-Entscheidung kontrovers beantwortet. Zum Teil wurde eine Analogie mit dem Argument bejaht, dass die Beeinträchti-

---

[31] OLG Brandenburg, FamRZ 2000, 1033; OLG Karlsruhe, FamRZ 2002, 1127.

[32] BGH, FamRZ 2013, 1646 (Bestätigung OLG Oldenburg, FamRZ 2012, 39) mit kritischer Anmerkung *Salgo*, FamRZ 2013, 1719.

[33] BT-Drucks. 11/4528, S. 82.

[34] BGH, FamRZ 2013, 1646 Rn. 18.

gung der persönlichen Bewegungsfreiheit ein Kind grundsätzlich in gleichem Maß treffe wie einen Erwachsenen[35] und der Minderjährigenschutz nicht hinter dem Erwachsenenschutz zurückbleiben dürfe[36], während andere eine Analogie ablehnten[37]. Konsequenz dieser Kontroverse war, dass je nach Gerichtssprengel Maßnahmen wie Fixierungen von Kindern und ähnliche freiheitsentziehende Maßnahmen außerhalb oder auch während einer Unterbringung vom Gericht geprüft und gegebenenfalls genehmigt oder ohne jede Einschaltung des Gerichts allein aufgrund des elterlichen Einverständnisses vollzogen wurden.

Wie der BGH bin auch ich der Ansicht, dass es keine planwidrige Gesetzeslücke gibt, die eine Analogie rechtfertigen könnte. Neben der vom BGH zur Argumentation herangezogenen Gesetzesbegründung zu § 1906 Abs. 4 BGB[38] spricht m.E. dafür auch die vorstehend geschilderte Gesetzgebungsgeschichte zu § 1631b BGB. Das Sorgerecht der Eltern ist als umfassendes Recht konzipiert. Dementsprechend konnten Eltern bis zum Inkrafttreten des § 1631b BGB ohne das Erfordernis einer gerichtlichen Genehmigung ihr Kind unterbringen, auch wenn diese Unterbringung mit einer Freiheitsentziehung verbunden war. Erst deutlich später als beim Vormund wurde diese Maßnahme als so einschneidend gewertet, dass ihre Zulässigkeit auch bei einer elterlichen Entscheidung von der gerichtlichen Genehmigung abhängig gemacht wurde. Andere Einschränkungen des Rechts der elterlichen Sorge in Bezug auf eine Zwangsbehandlung oder eine unterbringungsähnliche Maßnahme im Sinn von § 1906 Abs. 4 BGB bestehen nicht, d.h. dass elterliche Entscheidungen in diesen Bereichen bis zur Grenze des § 1666 BGB ohne richterliche Genehmigung zulässig sind. Das Fehlen einer planwidrigen Gesetzeslücke bedeutet jedoch nicht, dass kein Regelungsbedürfnis für die Zwangsbehandlung minderjähriger Kinder und die damit häufig verbundene Fixierung, ein Festhalten oder eine ähnliche Einschränkung de lege ferenda bestünde.

Im Kontext der Ablehnung einer Analogie zum Betreuungsrecht argumentiert der BGH – meiner Ansicht nach wiederum zu Recht – auch mit der fehlenden Vergleichbarkeit der Situation des Minderjährigen im Kindschaftsrecht und der eines Betreuten im Betreuungsrecht. Der Betreuer trage rechtliche Verantwortung im Rahmen der ihm verliehenen Aufgabenkreise, im Übrigen bleibe es beim Grundsatz der Eigenverantwortung. Eltern hingegen tragen rechtliche und persönliche Verantwortung für ihre Kinder und handeln dabei nicht aufgrund staatlicher Bestellung, sondern in Ausübung ihres Elterngrundrechts. Sie können – wie bereits

[35] MüKo-BGB/*Huber* (Fn. 12), § 1631b Rn. 8.
[36] Staudinger/*Salgo* (Fn. 14), § 1631b Rn. 14 f., der sich mit Blick auf die Entscheidung des BGH FamRZ 2013, 1646 für ein Genehmigungserfordernis gemäß § 1631b S. 1 BGB ausspricht; vgl. auch LG Berlin, FamRZ 1991, 365 und AG Frankfurt, FamRZ 1988, 1209 zur Genehmigungsbedürftigkeit unterbringungsähnlicher Maßnahmen nach § 1631b BGB.
[37] OLG Frankfurt, FamRZ 2013, 1225; OLG Oldenburg, FamRZ 2012, 39; LG Essen, FamRZ 1993, 1347 mit kritischer Anmerkung *Dodegge*.
[38] BGH, FamRZ 2013, 1646 Rn. 18.

dargestellt – frei von staatlichen Eingriffen entscheiden, wie sie ihrer Elternverantwortung gerecht werden.[39] Tatsächlich bestehen deshalb ganz unterschiedliche Ansätze: Erziehung führt in das mit ihr immer zusammenhängende Spannungsverhältnis zwischen Eigenwillen und Führung mit dem Ziel der Hinführung zur psychischen, sozialen und ökonomischen Selbständigkeit, während Betreuung dem Willen des Betreuten so weit wie möglich zur Geltung verhelfen und seine bereits erlangte Autonomie respektieren soll.

Ausgehend vom bisher Dargelegten hat die Rechtsprechung auch die Genehmigung der medizinischen Behandlung eines Minderjährigen analog § 1904 BGB daher völlig zu Recht abgelehnt.[40]

Von einer Analogie zum Betreuungsrecht ist schließlich nicht zuletzt deshalb abzuraten, weil das Bundesverfassungsgericht erst vor kurzem wieder deutlich bekundet hat, was es von einer zu extensiven richterlichen Rechtsfortbildung hält.[41]

Damit komme ich zu folgendem Zwischenergebnis: Ein noch minderjähriges Kind darf aufgrund der Entscheidung seiner Eltern – außer bei einer freiheitsentziehenden Unterbringung im Sinn von § 1631b BGB – sehr einschneidenden und unter Umständen auch lang andauernden Grundrechtseingriffen ausgesetzt werden, ohne dass das Familiengericht davon Kenntnis erlangt und die Rechtfertigung dieser Maßnahme gegebenenfalls überprüfen könnte.

Was ist nun aber eigentlich unter einer Zwangsbehandlung eines minderjährigen Kindes zu verstehen und welche Voraussetzungen werden für ihre Zulässigkeit gefordert? Sie werden sich möglicherweise fragen, warum ich mit dieser Frage nicht begonnen habe, gehört sie doch nach erstem Anschein an den Beginn dieser Untersuchung. Diese Frage führt aber in „gefährliche Gewässer", so dass ich sie bewusst aufgeschoben habe.

Die Definition der Zwangsbehandlung im Kindschaftsrecht entspricht derjenigen im Betreuungsrecht: Eine ärztliche Behandlung wird dann zur Zwangsbehandlung, wenn das Kind oder der Jugendliche die Behandlung mit natürlichem Willen ablehnt und sie daher nur unter Anwendung von Gewalt durchgeführt werden kann. Rechtlich beachtlich ist der natürliche Wille, unabhängig von der Fähigkeit zur Einwilligung in eine ärztliche Behandlung.[42] Erforderlich ist zudem eine be-

---

[39] BGH, FamRZ 2013, 1646 Rn. 21 f.; dazu aber auch MüKo-BGB/*Schwab* (Fn. 12), vor § 1896 Rn. 11, der betont, dass das BtG großen Wert darauf gelegt habe, dass die Betreuung im Rahmen eines persönlichen Verhältnisses zwischen Betreuer und Betreutem verwirklicht wird und die Umbenennung in rechtliche Betreuung daran nichts geändert habe.

[40] OLG Karlsruhe, FamRZ 2002, 1127: Ablehnung der familiengerichtlichen Genehmigung einer zwangsweisen medikamentösen Behandlung eines Minderjährigen wegen fehlender rechtlicher Grundlage; OLG Brandenburg, FamRZ 2000, 1033: Genehmigung der Einwilligung in die Beendigung lebenserhaltender Maßnahmen mangels gesetzlicher Grundlage nicht möglich.

[41] BVerfG, FamRZ 2015, 729.

[42] DIJuF-Rechtsgutachten, JAmt 2010, 239.

wusste Ablehnung, die über einen bloßen Reflex, also das natürliche Abwehrbedürfnis, wenn etwas sticht oder schmerzt, hinausgeht.[43]

Soweit sie im Kindschaftsrecht überhaupt ausführlicher diskutiert wird, wird – ebenso wie im Erwachsenenschutzrecht – eine Zwangsbehandlung gegen den Willen eines bereits einsichts- und urteilsfähigen Kindes als nicht zulässig und ebenso wie bei Volljährigen als rechtswidrig angesehen.[44]

Ausgehend von sich selbst gefährdenden Kindern könnte ich das heikle Thema der Relevanz der Einwilligungsfähigkeit minderjähriger Kinder für medizinische Eingriffe nun einfach damit umschiffen, dass ich bei diesen Kindern grundsätzlich Einwilligungsunfähigkeit annehme, was in vielen Fällen aufgrund der psychischen Ausnahmesituation sicher auch zutrifft. Damit ließe sich zudem der bereits angesprochene Streit um die Maßgeblichkeit der Freiwilligkeitserklärung eines Minderjährigen im Fall einer freiheitsentziehenden Unterbringung im Sinn von § 1631b BGB jedenfalls pragmatisch lösen.[45]

Das hieße aber doch, es sich zu leicht zu machen, da man bei der Beschäftigung mit Eingriffen in die körperliche Integrität eines Kindes immer wieder auf die Frage der Relevanz einer autonomen Entscheidung des Kindes stößt. Nimmt man eine Entscheidungsbefugnis eines einwilligungsfähigen Kindes an, entfiele nicht nur die Rechtswidrigkeit des Eingriffs, sondern auch jeder Zwangscharakter ohne Weiteres, wenn das Kind selbst zustimmt, bzw. scheidet eine Zwangsbehandlung jedenfalls dann aus, wenn das Kind sich ihr verständig widersetzt. Aus diesem Grund ist kurz auf die verschiedenen Meinungen einzugehen, die zur Frage einer vom Kind selbst erklärten Einwilligung in einen ärztlichen Eingriff vertreten werden.

Ein Teil der Literatur geht davon aus, dass der einwilligungsfähige Minderjährige selbst rechtfertigend in einen körperlichen Eingriff einwilligen kann[46], und bezieht sich dabei zumeist auf eine BGH-Entscheidung aus dem Jahr 1958[47], wobei zum Teil zwischen Routineeingriffen und erheblichen Eingriffen differenziert wird[48]. Zum Teil wird der Schluss auf die Maßgeblichkeit der Einwilligung des

---

[43] *Hoffmann*, NZFam 2015, 985, 986 unter Bezugnahme auf *Lipp*, FamRZ 2013, 913.

[44] DIJuF-Rechtsgutachten, JAmt 2010, 239; *Hoffmann/Trenczek*, JAmt 2011, 177; *Hoffmann*, NZFam 2015, 985.

[45] Palandt/*Götz* (Fn. 5), § 1631b Rn. 2.

[46] So z.B. BeckOK-BGB/*Veit*, Stand 1.11.2011, § 1626 Rn. 24.3; *Fröschle*, Sorge und Umgang – Elternverantwortung in der Praxis, 2013, Rn. 509; *Hoffmann* (Fn. 20), Kapitel 9 Rn. 9; MüKo-BGB/*Huber* (Fn. 12), § 1626 Rn. 41; *Muscheler*, Familienrecht, 3. Aufl. 2013, Rn. 624; *Spickhoff*, in: Spickhoff (Hrsg.), Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, § 630d Rn. 8; *Götz* (Fn. 5), S. 89, 95; so wohl auch *Klinkhammer*, FamRZ 2013, 1913, 1914.

[47] FamRZ 1959, 200.

[48] So z.B. *Dethloff*, Familienrecht, 31. Aufl. 2015, § 13 Rn. 61, die zudem die Behandlungsrisiken in die Beurteilung der Einsichtsfähigkeit einbezieht; Staudinger/*Peschel-Gutzeit* (Fn. 14), § 1626 Rn. 92 f.

einsichtsfähigen Minderjährigen selbst auch aus gesetzlichen Regelungen, insbesondere neueren Datums, gezogen.[49]

Soweit in der Literatur dagegen eingewandt wird, dass eine derartige Einschränkung des Elternrechts wegen des Gesetzesvorbehalts dem Gesetzgeber vorbehalten sei[50], argumentieren andere damit, dass sich die verfassungsrechtlichen Vorgaben heute ganz anders darstellen als zur Zeit der Schaffung des BGB. Gerade die Diskussion um die Grundrechtsmündigkeit habe gezeigt, dass sehr wohl zwischen den betroffenen Rechtsgütern differenziert und demgemäß die Grundrechtsmündigkeit bei jenen Grundrechten, deren Ausübung vermögensbezogen ist (Art. 12 Abs. 1, 14 Abs. 1 GG), anders zu bestimmen sein könne als bei jenen, die an die menschliche Existenz anknüpfen (Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 und 2 GG).[51]

Eine andere Ansicht lässt die Einwilligung des minderjährigen Kindes auch bei Einsichtsfähigkeit nicht genügen.[52]

Wieder andere votieren für eine Mitentscheidungsbefugnis des einsichtsfähigen Kindes[53], wobei häufig unklar bleibt, wie ein Konflikt zwischen Eltern und Kind zu lösen wäre[54]. Auf diese Mitentscheidungsbefugnis bezieht sich auch Minister Maas in der vorerwähnten Rede und führt dazu aus, dass ein Jugendlicher – sobald er erfassen kann, um was es geht – ebenfalls in den ärztlichen Eingriff einwilligen muss. Dabei komme es nicht auf ein bestimmtes Alter, sondern seine geistige Entwicklung und Reife an.

Zum Teil wird dem Kind schließlich nur ein Vetorecht zugestanden, wobei der BGH dieses Vetorecht nur auf einen relativ indizierten Eingriff bezieht.[55] Begründet wird das Vetorecht mit der immanenten Beschränkung des Sorgerechts durch das Persönlichkeitsrecht des Kindes (§ 1626 Abs. 2 BGB).[56] Zum Teil wird die Schwelle zur Einsichtsfähigkeit für ein Vetorecht niedriger angesetzt als bei der Zustimmung[57], aber auch in diesem Punkt gehen die Ansichten – nicht überraschend – auseinander[58]. Erforderlich für das Vetorecht sei jedenfalls die Fähigkeit, einen natürlichen Willen zu bilden, so dass insbesondere bei kleinen Kindern das

[49] *Götz* (Fn. 5), S. 89, 96; *Hoffmann*, NZFam 2015, 985, 986; DIJuF-Rechtsgutachten, JAmt 2015, 565.
[50] *Lipp* (Fn. 10), Kapitel VI Rn. 183.
[51] *Taupitz*, in: Brugger/Haverkate (Hrsg.), Grenzen als Thema der Rechts- und Sozialphilosophie, 2002, S. 83, 98.
[52] So z.B. BeckOK-BGB/*Wendtland*, Stand 1.11.2015, § 107 Rn. 2; Palandt/*Ellenberger* (Fn. 5), Überblick vor § 104 Rn. 8.
[53] So z.B. *Büte*, in: Johannsen/Henrich (Hrsg.), Familienrecht, 6. Aufl. 2015, § 1666 Rn. 32; MüKo-BGB/*Olzen* (Fn. 12), § 1666 Rn. 75 und 78; *Lipp* (Fn. 10), Kapitel III Rn. 19.
[54] *Lang*, in: Schnitzler (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Familienrecht, 4. Aufl. 2014, § 13 Rn. 83.
[55] BGH, FamRZ 2007, 130.
[56] *Lipp* (Fn. 10), Kapitel VI Rn. 183.
[57] MüKo-BGB/*Huber* (Fn. 12), § 1626 Rn. 43; *Lipp* (Fn. 10), Kapitel VI Rn. 183.
[58] *Taupitz* (Fn. 51), S. 83, 102: Einwilligungsbefugnis und Vetobefugnis fallen beim Kind zusammen.

natürliche Abwehrbedürfnis gegenüber Eingriffen in die körperliche Integrität nicht ausreiche.[59] Verlangt wird eine gewisse Ernsthaftigkeit und Kontinuität der Entscheidung sowie eine gewisse Nachvollziehbarkeit aus der subjektiven Sicht des Minderjährigen.[60]

Die Meinungsvielfalt ist mithin kaum zu überbieten. Der Gesetzgeber hat sich schon in den 70er Jahren des Themas angenommen, jedoch sind die Entwürfe nicht Gesetz geworden.[61] Der 63. Deutsche Juristentag forderte den Gesetzgeber noch einmal zum Tätigwerden auf, da sich die Rechtsordnung einer ihr originär obliegenden Aufgabe entziehe, wenn sie auf eine hinreichend konkrete normative Festlegung der abstrakt geforderten Einwilligungsfähigkeit verzichte und die Bestimmung dieser der individuellen Beliebigkeit des im Einzelfall entscheidenden Arztes anheimfalle.[62]

Kommen wir zurück zum nach wie vor gültigen Zwischenergebnis: Die Befugnis zur Einwilligung der Eltern in eine Zwangsbehandlung des Kindes folgt aus dem Sorgerecht.[63] Gefährdet sie das Kindeswohl nicht, etwa gerade wegen des ausgeübten Zwangs, ist sie grundsätzlich zulässig.[64] Im Einzelnen wird die Zulässigkeit der Zwangsbehandlung eines minderjährigen Kindes zum einen davon abhängig gemacht, dass dem Kind ohne die erzwungene Behandlung ein erheblicher dauerhafter gesundheitlicher Schaden droht, und zum anderen, dass zuvor alle Wege, eine einverständliche Behandlung herbeizuführen, gescheitert sind.[65] Zwar fehlt eine gesetzlich normierte Besprechungs*pflicht*[66] der Eltern mit dem Kind, jedoch wird angenommen, dass diese aus § 1626 Abs. 2 BGB folgt[67]. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip erfordert es zudem, dass die angedachte Behandlung geeignet ist, den gewünschten Behandlungserfolg herbeizuführen und der Nutzen der Behandlung die Nachteile ihrer zwangsweisen Durchsetzung überwiegt. Allein das Bestehen einer medizinischen Indikation rechtfertigt eine unter Zwang durchgesetzte Behandlung jedenfalls nicht.[68] Erinnern diese Voraussetzungen nicht an die Vorgaben des § 1906 Abs. 3 BGB?

---

[59] *Spickhoff* (Fn. 46), § 630d BGB Rn. 7.
[60] *Spickhoff* (Fn. 46), § 630d BGB Rn. 7.
[61] Vgl. dazu *Götz* (Fn. 5), S. 89, 100.
[62] Beschluss VIII 2 der zivilrechtlichen Abteilung des 63. DJT 2000, FamRZ 2000, 1484, 1486 und *Taupitz* (Fn. 51), S. 83, 96.
[63] *Seebach*, in: Grandel/Stockmann (Hrsg.), StichwortKommentar Familienrecht, 2. Aufl. 2014, Stichwort: körperliche Eingriffe bei Minderjährigen Rn. 13: fragwürdig.
[64] *Fröschle* (Fn. 46), Rn. 514; *Hoffmann* (Fn. 20), § 9 Rn. 55.
[65] DIJuF-Rechtsgutachten, JAmt 2010, 239; s.a. Staudinger/*Peschel-Gutzeit* (Fn. 14), § 1626 Rn. 96: keine ärztliche Behandlung gegen den Willen des einsichtsfähigen Kindes, es sei denn dringend indiziert.
[66] Vgl. § 1906 Abs. 3 Nr. 2 BGB.
[67] *Hoffmann* (Fn. 20), § 9 Rn. 17.
[68] OLG Naumburg, JAmt 2002, 538.

Im Rahmen einer strafgerichtlichen Entscheidung hat der BGH[69] am 4.8.2015 die Verurteilung einer Mutter und ihres Lebensgefährten, eines selbsternannten „Gurus", wegen Misshandlung Schutzbefohlener bestätigt (Stichwort: Meditation statt Medikation). In der Entscheidung konstatiert der BGH, dass die Nichtbehandlung einer bei dem Kind vorhandenen schweren Erkrankung[70] im konkreten Fall als bedingt vorsätzliches Quälen durch Unterlassen zu werten sei, weil beide, Mutter und Lebensgefährte, ihrer Pflicht nicht nachgekommen seien, dem Kind die notwendige medikamentöse, therapeutische und ärztliche Behandlung – notfalls auch gegen dessen Willen – zukommen zu lassen. In den Gründen wird ausgeführt, dass es in Fällen notwendiger Heilbehandlung gegen den Willen eines älteren Kindes oder Jugendlichen auf die Schwere und Bedeutung des Eingriffs in die körperliche Integrität des Kindes, die objektive (medizinische) Notwendigkeit und die Gründe für die Haltung des Kindes ankomme.[71]

Das Vorstehende zugrunde legend ist eine Zwangsbehandlung, etwa zur Vermeidung erheblicher Krankheitsfolgen bis hin zum Tod, aber auch zur Abwendung eines Suizids oder des Verhungerns bei einer Essstörung, zulässig. Wird ein Vetorecht des Kindes lediglich bei einem *relativ* indizierten Eingriff angenommen,[72] kann sich das Kind, das zu verhungern droht oder umbringen will, dem dann absolut indizierten Eingriff durch Zwangsernährung oder Zwangsmedikation auch nicht erfolgreich widersetzen. Für eine lebensnotwendige Bluttransfusion dürfte grundsätzlich dasselbe gelten. Minister Maas geht in seiner erwähnten Rede zu diesem Thema allerdings davon aus, dass auch im Fall einer religiös motivierten Ablehnung einer Bluttransfusion durch einen einsichtsfähigen Minderjährigen eine Zwangsbehandlung anzuordnen wäre, da sich im Leben des Jugendlichen noch vieles ändern könne, dieser möglicherweise von seinem Glauben wieder abrücke und der Tod irreversibel sei. Ob dies unter der Geltung des Art. 4 GG und der durch § 5 des Gesetzes über die religiöse Kindererziehung auf das 14. Lebensjahr vorgezogenen Religionsmündigkeit ausnahmslos gelten kann, bedürfte allerdings noch einer näheren Betrachtung, die – bezogen auf mein konkretes Thema – an dieser Stelle allerdings zu weit führen würde.

Die Frage der Zulässigkeit einer Zwangsbehandlung stellt sich bei einem Kind, das an einer tödlichen Krankheit leidet, unter einem wiederum anderen Aspekt dar, wenn ohne weitere Behandlung der sicher bevorstehende Tod bereits zu einem früheren Zeitpunkt eintritt.[73] Spricht man auch diesem Kind bezogen auf die in diesem Fall fraglos absolut indizierte Behandlung ein Vetorecht ab, wenn das

[69] FamRZ 2015, 1886 mit Anmerkung *Hoffmann*.
[70] Hier Mukoviszidose.
[71] BGH, FamRZ 2015, 1886 Rn. 47; vgl. auch Staudinger/*Coester*, BGB, Buch 4: Familienrecht, Elterliche Sorge 2, Neubearbeitung 2016, § 1666 Rn. 154.
[72] BGH, FamRZ 2007, 130.
[73] Zum Verzicht auf die Behandlung einer tödlichen Erkrankung durch den Jugendlichen selbst vgl. auch DIJuF-Rechtsgutachten, JAmt 2015, 565.

Kind, der ewigen Schmerzen müde, die Behandlung ablehnt und sich dadurch in der konkreten Situation selbst gefährdet, während die Eltern, die ihr Kind nicht verlieren wollen, die Weiterbehandlung, sei es der Krankheit selbst oder einer Begleiterkrankung, verlangen? Könnte man ihnen eine Kindeswohlgefährdung vorwerfen, die einen Sorgerechtsentzug rechtfertigt? Auch diese Frage zeigt, wie viele juristisch ungelöste und ethisch anspruchsvolle Fragen mit dem Thema zusammenhängen und gut bedacht sein wollen.[74]

IV. Ist eine gesetzliche Regelung erforderlich und zulässig?

Im Betreuungsrecht wurden die Voraussetzungen für eine Zwangsbehandlung im Rahmen einer freiheitsentziehenden Unterbringung im Jahr 2013 gesetzlich konkret geregelt,[75] nachdem sowohl das BVerfG[76] als auch der BGH[77] einen derart erheblichen Grundrechtseingriff ohne hinreichend bestimmte gesetzliche Grundlage als unzulässig erachtet hatten. Zwar ist ein Eingriff des Staates in das Elterngrundrecht nur in Ausübung des Wächteramts gemäß Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG auf der Basis einer gesetzlichen Grundlage zulässig. Es gibt allerdings Bereiche, in denen der Gesetzgeber diesen Eingriff bereits im Vorfeld für geboten hielt. Dies zeigen das Sterilisationsverbot in § 1631c BGB und die Genehmigungspflicht bei freiheitsentziehender Unterbringung in § 1631b BGB, mithin bei Eingriffen, bei denen eine Gefährdung des kindlichen Wohls abstrakt-generell droht, und deren verfassungsrechtliche Zulässigkeit heute überwiegend nicht mehr in Frage gestellt wird.[78]

Im Rahmen der Genehmigungspflicht bei freiheitsbeschränkenden Maßnahmen gemäß § 1906 Abs. 4 BGB argumentiert der BGH im Betreuungsrecht durchgehend damit, dass die freiheitsentziehende Unterbringung gemäß § 1906 Abs. 1 BGB einen Betroffenen im Einzelfall regelmäßig weniger beeinträchtigt als eine freiheitsbeschränkende Maßnahme, also eine Fixierung, das Einschließen im Zimmer oder ähnliches. Aus diesem Grund hält der BGH eine *zusätzliche* Genehmigung derartiger Maßnahmen – über den Wortlaut des Gesetzes hinausgehend – selbst dann für erforderlich, wenn der Betroffene nach § 1906 Abs. 1 BGB unter-

[74] Vgl. OLG Brandenburg, FamRZ 2000, 1033 und OLG Hamm, FamRZ 2007, 2098: keine familiengerichtliche Genehmigung bei Beendigung lebenserhaltender Maßnahmen bei einem Kind mangels gesetzlicher Grundlage; dazu auch BVerfG, FamRZ 2007, 2046.

[75] Gesetz zur Regelung der betreuungsrechtlichen Einwilligung in eine ärztliche Zwangsmaßnahme vom 18.2.2013, BGBl. I S. 266.

[76] FamRZ 2011, 1128 und 1927 für den Maßregelvollzug.

[77] FamRZ 2012, 1366 mit Anmerkungen von *Bienwald* und *Sonnenfeld*; vgl. auch Vorlagebeschluss BGH, FamRZ 2015, 1484.

[78] *Gernhuber/Coester-Waltjen* (Fn. 22), § 62 Rn. 20; Staudinger/*Salgo* (Fn. 14), § 1631c Rn. 8 f.; *Vogel* (Fn. 19), S. 27 ff.

gebracht ist.[79] Das Argument der höheren Intensität des Eingriffs gilt aber doch gleichermaßen im Kindschaftsrecht und nicht nur für eine Fixierung, sondern erst recht für die Zwangsbehandlung! Ich zitiere noch einmal Justizminister Maas: „*Jede Zwangsbehandlung gegen den erklärten Willen des Betroffenen wäre nicht nur ein Verstoß gegen die Freiheit, sondern auch gegen die Menschenwürde*". Ohne dass ich an dieser Stelle auf die Diskussion um die Aufnahme von Grundrechtspositionen des Kindes in das Grundgesetz eingehen möchte[80], hat das BVerfG schon in den 1960iger Jahren klargestellt, dass das Kind jedenfalls ab seiner Geburt unmittelbarer Träger der Grundrechte ist[81]. Grund und Grenze der Elternverantwortung ist das Kindeswohl, die Rechtsposition der Eltern ist mithin eine „kindesnützige". In Ausübung der elterlichen Sorge sind daher das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit, das allgemeine Persönlichkeitsrecht und die Menschenwürde des Kindes zu achten. Diese Güter wiegen jedes für sich schwer genug, als dass – wie auch beim Freiheitsentzug – ein Eingriff in diese Rechte durch eine Zwangsbehandlung nicht ohne richterliche Kontrolle erfolgen sollte.

Soweit der BGH im Rahmen seiner Entscheidung vom 7.8.2013[82], mit der er eine Analogie zu § 1906 Abs. 4 BGB im Kindschaftsrecht abgelehnt hat, darauf verweist, dass das Gesetz mit dem Verbot entwürdigender Erziehungsmaßnahmen gemäß § 1631 Abs. 2 BGB und den §§ 1666 ff. BGB eine hinreichende Handhabe zum Schutz des Kindes böte[83], drängen sich Zweifel auf. So wird zum einen in der Gesetzesbegründung zu § 1631d BGB, also der Beschneidung des nicht einsichtsfähigen männlichen Kindes, ausgeführt, dass § 1631 Abs. 2 BGB der Regelung nicht entgegenstünde, da es den Eltern bei der Beschneidung nicht um eine verbotene Erziehungsmaßnahme als Sanktion für ein Fehlverhalten des Kindes gehe.[84] Nichts anderes kann für die Zwangsbehandlung eines sich selbst gefährdenden Kindes gelten, ohne dass die Frage nach dem Charakter einer „Erziehungsmaßnahme" an dieser Stelle weiter vertieft werden müsste. Zum anderen mag das Familiengericht zwar im Rahmen der Aufsicht über den Vormund gemäß § 1837 BGB Erkenntnisse über eine Zwangsbehandlung gewinnen. Bei den Eltern löst § 1666 BGB ein Tätigwerden des Familiengerichts aber nur aus, wenn es von der Gefährdung überhaupt erfährt.[85] Da die Zwangsbehandlung Minderjähriger keinerlei familiengerichtliches Verfahren voraussetzt und auch nicht gewährleistet ist,

---

[79] BGH, FamRZ 2015, 1707 m.w.N.; vgl. auch BVerfG, FamRZ 2015, 1365 zum Bevollmächtigten.

[80] Vgl. dazu Empfehlungen des Vorstands des Deutschen Familiengerichtstags zum 21. DFGT, C III 1, FamRZ 2016, 105.

[81] BVerfG, FamRZ 1968, 578; s.a. *Wapler*, ZKJ 2015, 336.

[82] FamRZ 2013, 1646.

[83] BGH, FamRZ 2013, 1646 Rn. 24; so auch Staudinger/*Coester* (Fn. 71), § 1666 Rn. 48a.

[84] BT-Drucks. 17/11295, S. 16.

[85] Erman/*Döll*, BGB, Band II, 14. Aufl. 2014, § 1631b Rn. 3; s.a. *Gernhuber*/*Coester-Waltjen* (Fn. 22), § 62 Rn. 20.

dass das Jugendamt Kenntnis davon erhält, scheint diese Waffe ein stumpfes Schwert.

Soweit der BGH im Rahmen der Entscheidung vom 7.8.2013[86] damit argumentiert, dass Eltern – im Gegensatz zu einem Betreuer – nicht nur rechtliche, sondern auch persönliche Verantwortung tragen, die Beziehung von enger persönlicher Nähe geprägt sei und sie in Ausübung ihres Elterngrundrechts aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG handeln, das nicht vom Staat verliehen, sondern als vorgegebenes Recht anerkannt werde,[87] verfängt diese Argumentation schon nicht mehr bei der Anordnung einer Zwangsbehandlung durch einen Vormund oder Pfleger. Deren Handeln unterfällt auch nicht dem Schutzbereich des Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG.[88] Dies führt jedenfalls zur Notwendigkeit einer Regelung der materiellen und verfahrensrechtlichen Voraussetzungen für eine Zwangsbehandlung bei Entscheidung durch einen Vormund oder Pfleger. Die Situation entspräche dann der vorhin dargestellten zur freiheitsentziehenden Unterbringung bis zum Inkrafttreten des § 1631b BGB, in der – zumindest vorläufig – ebenfalls nur für Vormünder und Pfleger ein Genehmigungserfordernis bestand. Im Rahmen des dieser eingeschränkten Regelung nur für Vormünder und Pfleger nachfolgenden Gesetzgebungsverfahrens zu § 1631b BGB gab es im Rechtsausschuss durchaus verfassungsrechtliche Bedenken, aufgrund derer zu einer restriktiven Anwendung der Vorschrift geraten wurde. Eine Minderheit im Ausschuss kritisierte, dass Eltern den gleichen Kontrollen wie ein Vormund ausgesetzt würden, obwohl sie im Verhältnis zu ihrem Kind nicht als Fremde anzusehen seien. Um Missbräuchen entgegenzuwirken, genüge § 1666 BGB.[89] Die Ausschussmehrheit entschied sich gleichwohl für eine Genehmigungspflicht auch für Eltern. Dabei stand nicht das Misstrauen gegenüber den Eltern im Vordergrund, sondern die Verletzlichkeit und Schutzbedürftigkeit eines freiheitsentziehend untergebrachten Kindes. Hinzu kam eine wachsende Sensibilität sowohl in Fragen der Freiheit und ihrer Beschränkung als auch gegenüber möglichen Interessenkollisionen zwischen Eltern und Kindern, die sich seit 1980 noch weiter verstärkt hat.[90]

Und noch einmal zu der Entscheidung des BGH vom 7.8.2013[91]: Der XII. Zivilsenat argumentiert darin außerdem damit, dass die Vorschrift das Verbringen in eine geschlossene Einrichtung vermeiden soll, wenn bei sinnvoller Wahrnehmung des Elternrechts eine Problemlösung auf weniger schwerwiegende Weise erreicht werden kann, also andere Erziehungsmaßnahmen zur Verfügung stehen. Deshalb gehe es bei § 1631b BGB – anders als bei § 1906 BGB – nicht

---

[86] FamRZ 2013, 1646.
[87] BGH, FamRZ 2013, 1646 Rn. 22.
[88] Die Frage der Grundrechtsgeltung im Verhältnis zwischen bestelltem gesetzlichem Vertreter und Mündel soll an dieser Stelle nicht vertieft werden, dazu *Hoffmann*, NZFam 2015, 985, 987 f.
[89] BT-Drucks. 8/2788, S. 51.
[90] Staudinger/*Salgo* (Fn. 14), § 1631b Rn. 4.
[91] FamRZ 2013, 1646.

primär um einen Schutz der körperlichen Bewegungs- und Entschließungsfreiheit zur Fortbewegung im Sinn der Aufenthaltsfreiheit, sondern vielmehr um die Gewährleistung einer sinnvollen Ausübung des Sorgerechts.[92] Auch dieser Gedanke steht einer gesetzlichen Regelung der Zwangsbehandlung Minderjähriger nicht entgegen, sondern spricht geradezu für sie. Denn es gilt doch gleichfalls zu verhindern, dass Eltern sich mithilfe einer Zwangsbehandlung eines „Problems" rasch zu entledigen versuchen, sei es aus Scham oder Überforderung mit der Erkrankung ihres Kindes, selbst wenn noch andere, zur Gefahrenabwehr ebenso geeignete, vielleicht aber etwas mühsamere Wege zur Verfügung stehen. Zu denken ist in diesem Kontext vor allem auch an behinderte Kinder, die sich nur eingeschränkt äußern können und damit besonders vulnerabel sind. Regelmäßig befinden sich Eltern, die über eine Zwangsbehandlung zu entscheiden haben, ebenfalls in einer äußerst prekären Situation. Ich denke dabei an den anrührenden Bericht der Mutter eines inzwischen schon lange erwachsenen autistischen Kindes im Rahmen einer Podiumsdiskussion auf dem eingangs erwähnten Workshop. Die Frau schilderte sehr offen ihren Weg mit diesem sich häufig selbst gefährdenden behinderten Kind, beschrieb ihre „glückliche" Lage, die es ihr ermöglicht hat, sich finanziell unabhängig und familiär aufgehoben der schwierigen Aufgabe der Pflege und Erziehung dieses Kindes und den zum Teil extrem anstrengenden Therapien gemeinsam mit dem Kind zu unterziehen. Viele Eltern kranker Kinder haben kein so positives Umfeld. Deshalb muss sichergestellt werden, dass eine Zwangsbehandlung auch bei Kindern stets nur ultima ratio sein darf, nach Ausschöpfung aller anderen weniger einschneidenden Maßnahmen und wenn feststeht, dass das Behandlungsziel mittels Zwang überhaupt erreichbar ist.

Das BVerfG entschied im Juni 2015, dass auf das Erfordernis der betreuungsgerichtlichen Genehmigung von freiheitsbeschränkenden Maßnahmen gemäß § 1906 Abs. 4 BGB in einer Vorsorgevollmacht nicht verzichtet werden kann.[93] Es begründete seine Entscheidung damit, dass auch bei einer nach privatautonomen Grundsätzen bestellten vertrauten Privatperson in dieser Situation ein „subjektives Bedrohlichkeitsempfinden" bestehe und für die grundrechtliche Beurteilung der Schwere eines Eingriffs das subjektive Empfinden ebenso von Bedeutung sei. Noch einmal: Kindschaftsrecht und Betreuungsrecht folgen ganz anderen Ansätzen! Aber lässt sich das Argument des „subjektiven Bedrohlichkeitsempfindens" nicht trotzdem übertragen? Wirkt es nicht auch auf ein Kind gerade in einer hochpsychotischen oder extrem depressiven Phase ungemein bedrohlich, wenn die eigenen Eltern mit dem Arzt „gemeinsame Sache" machen, die zu Zwangsmaßnahmen führt, zumal wenn keinerlei im Gesetz verankerte Verfahrensgarantie besteht, im Rahmen derer das Kind sich Gehör verschaffen könnte?

[92] BGH, FamRZ 2013, 1646 Rn. 13.
[93] BVerfG, FamRZ 2015, 1365.

Die Feststellung, dass die bereits mehrfach erwähnte Entscheidung des BGH vom 7.8.2013[94] als erhebliche Erleichterung für die Praxis gewertet worden sei[95], weil die Familiengerichte, in deren Bezirk entsprechende Einrichtungen angesiedelt waren, mit massenweisen Genehmigungsanträgen überschüttet worden seien, habe ich mit Erstaunen gelesen. Ich bin seit Anfang 2000 Familienrichterin. Auch im Bezirk des Amtsgerichts und des Oberlandesgerichts München gibt es entsprechende Einrichtungen, und ich hatte *nicht einen einzigen* Antrag zur Genehmigung einer unterbringungsähnlichen Maßnahme. Daraus folgt ein weiteres Argument für eine gesetzliche Regelung der Zwangsbehandlung und auch von unterbringungsähnlichen Maßnahmen: Während unterbringungsähnliche Maßnahmen – jedenfalls vor der BGH-Entscheidung hierzu – zum Teil (analog § 1904 Abs. 4 BGB bzw. gemäß § 1631b S. 1 BGB) für genehmigungsbedürftig erachtet wurden, lehnten andere eine Genehmigung mangels gesetzlicher Grundlage ab.[96] Die Unterschiede zeigen sich beeindruckend in einer Umfrage zu den Auswirkungen der genannten BGH-Entscheidung in der Praxis der Kinder- und Jugendpsychiatrie, die auf dem vorerwähnten Workshop am 5.11.2015 vorgestellt wurde.[97] In einem so sensiblen Bereich wie Zwangsbehandlung, Fixierungen und ähnlichen freiheitsbeschränkenden Maßnahmen darf gerichtlicher Schutz aber doch nicht davon abhängen, in welchem Gerichtsbezirk man sich aufhält! Dass dieses Thema nach der Entscheidung des BGH zu § 1906 Abs. 4 BGB nunmehr endgültig geklärt wäre, ist nicht anzunehmen. Hinzu kommt eine erhebliche Verunsicherung von Sorgeberechtigten und Ärzten in diesem Bereich, die der Sache alles andere als dienlich ist.

Auch nach meiner Überzeugung bedarf es der Einschränkung staatlicher Kontrolle im Bereich des Erziehungsrechts.[98] Andererseits ist der Eingriff in die Rechte des Kindes bei einer Zwangsbehandlung so erheblich, dass die Frage der Kindeswohldienlichkeit und damit auch der tatsächlichen Erforderlichkeit von einer emotional nicht betroffenen und den Ärzten ebenbürtigen neutralen Instanz zur Wahrung der Rechte des Kindes entschieden werden sollte, um sicherzustellen, dass es etwa nicht nur um die Erleichterung der Pflege geht. Auch der Einwand der Eilbedürftigkeit schreckt den Familienrichter nicht, der es regelmäßig mit eilbedürftigen Entscheidungen zu tun hat. Maßgebend ist vielmehr, dass das Grundmodell unseres heutigen Kindschaftsrechts die Entwicklung der Persönlichkeit des Kindes in Freiheit ist und dass es einer besonderen Rechtfertigung und gegebenenfalls auch staatlicher Kontrolle bedarf, wenn davon abgewichen werden soll. Die mit einer Regelung, wie bei § 1631b BGB, verbundenen Verfahrensgarantien dienen außerdem dazu, Kindern und Jugendlichen zu vermitteln, dass sie als Person anerkannt

[94] FamRZ 2013, 1646.
[95] *Stockmann*, jurisPR-FamR 24/2013 Anm. 5.
[96] Vgl. Fn. 36 und 37.
[97] http://www.apk-ev.de/projekte/psychisch-kranke-kinder-und-jugendliche/ueber-kiju/workshops/2-workshop-05112015/ (Folien Brünger u.a.; zuletzt abgerufen am: 21.3.2016).
[98] BGH, FamRZ 2013, 1646 Rn. 23.

werden und der Eingriff in ihre Rechte weder leichtfertig geschieht, noch sie der Allmachtsentscheidung eines Arztes und ihrer Eltern ausgeliefert sind.[99] Dies entspricht dem gewandelten Verständnis von der Stellung und den Rechten des Kindes, Stichwort: vom „Objekt" zum „Subjekt".[100]

Schließlich: Wenn auch die Berechtigung zur Zuführung zu einer Zwangsbehandlung aus dem Sorgerecht folgt und die Voraussetzungen hierfür in der Literatur erörtert werden, so ergeben sich diese nicht aus dem Gesetz, obwohl es sich um einen ganz erheblichen Eingriff gegen den Willen des Kindes handelt. Zwar könnte man argumentieren, dass das Bürgerliche Recht nicht alle Befugnisse der Eltern im Einzelnen abzubilden vermag und an bestimmte Voraussetzungen binden kann, zumal dies dem Erziehungsvorrang der Eltern widerspräche. In diesem Zusammenhang erlaube ich mir aber noch einmal den Hinweis auf § 1631d BGB.[101] Nach dieser Vorschrift umfasst die Personensorge auch das Recht, in eine medizinisch nicht erforderliche Beschneidung des nicht einsichts- und urteilsfähigen Kindes einzuwilligen, wenn diese nach den Regeln der ärztlichen Kunst durchgeführt werden soll und das Kindeswohl dadurch nicht gefährdet wird. Natürlich haben Eltern aufgrund ihres umfassenden Sorgerechts die Befugnis, in einen medizinisch nicht indizierten Eingriff an ihrem Kind einzuwilligen, bis zur Grenze wiederum der Kindeswohlgefährdung. So dürfen sie ihrem Kind etwa Löcher in die Ohren stechen lassen, damit es Ohrringe tragen kann, von oben bis unten tätowieren lassen darf aber auch ein Maori sein Kind nicht. Dennoch gibt es Eingriffe erheblicher Art, bei denen die elterlichen Befugnisse klarstellend definiert und die Voraussetzungen konkretisiert werden sollten, und sei es, um widersprechende Entscheidungen der Familien- und der Strafgerichte in derselben Sache zu vermeiden.[102]

Um es zusammenzufassen: Zwangsbehandlung sowie Fixierungen und vergleichbare unterbringungsähnliche Maßnahmen bedürfen einer Regelung im Familienrecht![103]

Unbegründet ist dabei meines Erachtens die Sorge, dass eine gesetzliche Regelung – sei es von unterbringungsähnlichen Maßnahmen, sei es der Zwangsbehandlung – aus Sachgründen problematisch ist, da danach auch allgemeine und unabdingbare erzieherische Maßnahmen, wie das Verschließen der Wohnungstür, die Anbringung eines Bettgitters beim Kleinkind, Schutzimpfungen oder sogar Ohrentropfen[104] der Genehmigungspflicht unterfielen. Altersübliche Freiheitsbeschrän-

[99] So zutreffend Staudinger/*Salgo* (Fn. 14), § 1631b Rn. 4.
[100] Zur Entwicklung Staudinger/*Peschel-Gutzeit* (Fn. 14), Vorbemerkungen zu §§ 1626 ff. Rn. 1 ff.
[101] Dazu ausführlich *Vogel*, FF 2015, 438.
[102] Dazu LG Köln, NJW 2012, 2128 und BT-Drucks. 17/11295, S. 6.
[103] Ebenso *Hoffmann*, Anmerkung zu BGH, FamRZ 2015, 1886 in FamRZ 2015, 1890, 1891.
[104] Ein Kollege hat der Verfasserin sehr plakativ berichtet, wie seine Ehefrau und er den gemeinsamen eineinhalbjährigen Sohn in den „Klammergriff" nehmen müssen, um ihm die dringend notwendigen Ohrentropfen zu verabreichen.

kungen nimmt die Rechtsprechung bereits heute ganz übereinstimmend bei Anwendung des § 1631b BGB aus, wie etwa auch im Betreuungsrecht im Rahmen der Sozialadäquanz bei häuslicher Versorgung Betreuter kurzfristige Einschlüsse als zulässig erachtet werden.[105] Diese Handhabung lässt sich im Rahmen der üblichen medizinischen Schutz- und Fürsorgemaßnahmen auf gebotene U-Untersuchungen, Impfungen und die Behandlung von Krankheiten ohne Weiteres übertragen. Dass ab einem gewissen Alter gegebenenfalls „Verhandlungsgeschick" gefragt ist, um die Zustimmung des Kindes zu einer Behandlung zu erwirken, entspricht dem Grundsatz der partnerschaftlichen Erziehung des § 1626 Abs. 2 BGB, ist Erziehungsalltag und trifft auf den regelmäßigen Schulbesuch oder die regelmäßige Anfertigung von Hausaufgaben gleichermaßen zu.

V. Versuch eines Fazits

Auf dem eingangs erwähnten Workshop am 5.11.2015 lautete mein Fazit, dass es einer gesetzlichen Regelung der Zwangsbehandlung minderjähriger Kinder, aber auch der damit häufig verbundenen unterbringungsähnlichen Maßnahmen bedarf. Daran halte ich fest, und zwar unabhängig von der Zahl der hiervon betroffenen Kinder. Damals hatte ich allerdings auch erwogen, gegebenenfalls zwischen Eltern und Vormund bzw. Pfleger und zwischen häuslicher und externer Unterbringung des Kindes zu differenzieren.[106] Daran halte ich nicht mehr fest! Denn direkt im Anschluss an meinen Vortrag wies mich ein Psychiater darauf hin, dass es gerade im Elternhaus bisweilen sehr kritische Situationen gäbe, wenn es etwa darum ginge, ein psychisch krankes Kind mit offen oder verdeckt gegebenen Medikamenten ruhig zu stellen. Auch eine bloße Anzeigepflicht anstelle einer familiengerichtlichen Genehmigung halte ich nicht für ausreichend. Unabhängig von der Frage der erforderlichen Tätigkeit des Jugendamts, etwa auch seiner Ermittlungsmöglichkeit innerhalb einer Klinik, im Fall einer ihm gegenüber zu erstattenden Anzeige genügt bei derart gewichtigen Eingriffen in elementare Grundrechtspositionen eine solche Anzeigepflicht auch unter Berücksichtigung des Elternrechts nicht zur Wahrung der Kinderrechte. Eine Anzeige gegenüber dem Familiengericht kommt – jedenfalls im Fall einer elterlichen Entscheidung – als im Verhältnis zu einem Genehmigungserfordernis niederschwelligere Lösung nicht in Betracht, da dem Familiengericht kein Recht zur Aufsicht über die Ausübung der elterlichen Sorge durch die Eltern zukommt. Bei diesen bedarf es vielmehr eines bereits hinreichend konkreten Gefährdungsverdachts, damit weitere Ermittlungen und erst recht familiengerichtliche Maßnahmen gerechtfertigt sind. Ließe man diese Ermittlungen bereits unterhalb dieser Schwelle allein aufgrund einer Anzeige zu, würde sich die Anzeige

[105] Vgl. Nachweise bei Palandt/*Götz* (Fn. 5), § 1906 Rn. 5.
[106] http://www.apk-ev.de/projekte/psychisch-kranke-kinder-und-jugendliche/ueber-kiju/workshops/2-workshop-05112015/ (Folien Götz; zuletzt abgerufen am: 21.3.2016).

in der Sache nicht von einem Genehmigungserfordernis entsprechend § 1631b BGB unterscheiden.

Deshalb:

- Wir brauchen eine zivilrechtliche Regelung für die Zwangsbehandlung und für unterbringungsähnliche Maßnahmen im Sinn von § 1906 Abs. 4 BGB auch für Minderjährige.
- Wir brauchen ein Zusammenwirken der Professionen, damit es eine gute, allen Interessen gerecht werdende Regelung wird.
- Es muss ausgeschlossen werden, dass es – wie derzeit bei den Freiwilligkeitserklärungen im Rahmen des § 1631b BGB – von der Ansicht der einzelnen Klinik oder Einrichtung oder des einzelnen Arztes abhängt, ob das Familiengericht überhaupt informiert wird. Hier besteht gesetzlicher Klarstellungsbedarf auch im Rahmen des § 1631b BGB.
- Und schließlich sind hohe Maßstäbe an die Verfahrensgestaltung anzulegen, um sicherzustellen, dass dem Schutzbedürfnis des betroffenen Kindes Rechnung getragen und zugleich die Elternverantwortung nicht mehr als notwendig eingeschränkt wird.

Zwangsbehandlung von Minderjährigen bei Selbstgefährdung aus kinder- und jugendpsychiatrischer Sicht

Marc Allroggen, Jörg M. Fegert

Obwohl die Behandlung von Kindern und Jugendlichen mit psychischen Störungen überwiegend ambulant erfolgt, ergibt sich bisweilen die Notwendigkeit einer stationären Behandlung. Indikationen für eine stationäre Behandlung bestehen vor allem bei einer akuten Gefährdung des Minderjährigen, einer erheblichen psychosozialen Beeinträchtigung wie bei anhaltendem Schulabsentismus sowie bei nicht ausreichender oder nicht umsetzbarer ambulanter Behandlung. In Deutschland wurden 2012 beispielsweise 5.500 Minderjährige stationär kinder- und jugendpsychiatrisch behandelt (Warnke 2015). Auch wenn Kinder und Jugendliche häufig insbesondere einer stationären Behandlung ambivalent gegenüber stehen aufgrund der damit verbundenen Trennung vom sozialen Umfeld oder aufgrund von unspezifischen Ängsten, erfolgen die meisten stationären kinder- und jugendpsychiatrischen Behandlungen mit Zustimmung der Kinder und Jugendlichen. In der Klinik für Kinder- und Jugendpsychiatrie und Psychotherapie des Universitätsklinikums Ulm waren in den Jahren 2005 bis 2014 selbst auf den beiden fakultativ geschlos-

senen Stationen durchschnittlich lediglich 8 % der Patientinnen und Patienten (zumeist nur initial oder vorübergehend) gemäß § 1631b BGB gegen ihren Willen untergebracht. In absoluten Zahlen bedeutet dies für unsere Klinik, dass durchschnittlich 15 Patientinnen und Patienten jedes Jahr zumindest vorübergehend gegen ihren Willen stationär untergebracht werden.

I. Information und Aufklärung als Basis der Behandlung

Eine gute Aufklärung und Information über die zugrundeliegende psychische Erkrankung und Behandlungsmöglichkeiten der betroffenen Kinder und Jugendlichen und ihrer Sorgeberechtigten und Bezugspersonen können dazu beitragen, Widerstände oder Ängste gegenüber einer notwendigen Behandlung bei den betroffenen Kindern und Jugendlichen (und ggf. den Bezugspersonen) zu reduzieren. Aufklärung ist somit ein wichtiger Baustein für eine Zustimmung zur Behandlung durch die Sorgeberechtigten und die (nicht einwilligungsfähigen) Betroffenen. Die Tatsache, dass bei Kindern und Jugendlichen nicht die Person (Sorgeberechtigte) formal einwilligt (informed consent), die die Behandlung erhält (Kind), darf nicht dazu führen, dass Kinder und Jugendliche nicht gemäß ihrem Entwicklungsstand in die Aufklärung eingebunden werden und der Behandlung zustimmen (assent) sollten. Letztlich sind die Eltern ja gemäß § 1626 Abs. 2 BGB verpflichtet, die wachsende Fähigkeit und das wachsende Bedürfnis des Kindes zu selbstständigem und verantwortungsbewusstem Handeln zu berücksichtigen. Auf unter Umständen schwierige Konstellationen bei getrennt lebenden sorgeberechtigten Eltern mit unterschiedlichen Auffassungen in Bezug auf die Notwendigkeit von Behandlungen oder bei vorliegender Amtsvormundschaft wird an dieser Stelle lediglich hingewiesen, ohne diese im Detail diskutieren zu wollen.

II. Rechtsgrundlage und Indikationen für die Unterbringung in der Kinder- und Jugendpsychiatrie

Auch bei einer guten Einbindung und Aufklärung der betroffenen minderjährigen Patienten und ihrer Familien wird es jedoch Situationen geben, in denen eine Behandlung gegen den Willen der Betroffenen eingeleitet werden muss. Prinzipiell ist eine Unterbringung eines Minderjährigen bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen sowohl durch eine zivilrechtliche Unterbringung (§ 1631b BGB) als auch eine öffentlich-rechtliche Unterbringung (Unterbringungsgesetze bzw. Psychisch-Kranken-Gesetze der Länder) möglich. Obwohl bisweilen diskutiert wird, dass bei medizinischer Indikation eine öffentlich-rechtliche Unterbringung gegenüber der zivilrechtlichen Unterbringung zu präferieren ist, um das Eltern-Kind-Verhältnis nicht zu belasten (z.B. Häßler 2015), gehen wir davon aus, dass die zivilrechtliche Unterbringung mit Genehmigung an die Sorgeberechtigten prinzipiell

die geeignetere Unterbringungsform ist. Gerade die Beteiligung der Eltern ist eine wesentliche Grundlage für das Gelingen der Behandlung (für eine ausführliche Diskussion siehe auch Vogel, 2014, S. 39-60). Die zivilrechtliche Unterbringung spielt in der Kinder- und Jugendpsychiatrie auch zahlenmäßig gegenüber der öffentlich-rechtlichen Unterbringung eine sehr viel größere Rolle (Hoops und Permien 2006). Gemäß § 1631b BGB (mit Freiheitsentziehung verbundene Unterbringung) bedarf *eine Unterbringung des Kindes, die mit Freiheitsentziehung verbunden ist, (…) der Genehmigung des Familiengerichts. Die Unterbringung ist zulässig, wenn sie zum Wohl des Kindes, insbesondere zur Abwendung einer erheblichen Selbst- oder Fremdgefährdung, erforderlich ist und der Gefahr nicht auf andere Weise, auch nicht durch andere öffentliche Hilfen, begegnet werden kann. Ohne die Genehmigung ist die Unterbringung nur zulässig, wenn mit dem Aufschub Gefahr verbunden ist; die Genehmigung ist unverzüglich nachzuholen.*

Eine Indikation für eine Unterbringung gegen den Willen des Patienten in der Kinder- und Jugendpsychiatrie ergibt sich dabei nicht nur bei dem Vorliegen unmittelbar lebensbedrohlicher Erkrankungen (akute Eigengefährdung), sondern gelegentlich auch bei massiven chronischen Gefährdungen verbunden mit außergewöhnlichen Teilhabebeeinträchtigungen wie z.B. chronischem Schulabsentismus (siehe Übersicht).

Indikationen für eine Unterbringung gemäß § 1631b BGB

1) Vorliegen bzw. Verdacht auf Bestehen einer psychischen Erkrankung

und

2) fehlende Behandlungsbereitschaft/Zustimmungsfähigkeit

und

3a) akute Eigengefährdung (z.B. akute Suizidalität, dekompensierte Essstörungen, psychotische Störungen mit verminderter Steuerungsfähigkeit)

oder

3b) akute Fremdgefährdung (z.B. erhebliches aggressives Verhalten)

oder

3c) chronische Eigengefährdung (z.B. anhaltender Schulabsentismus bei generalisierenden Angststörungen, Verwahrlosung, Drogenkonsum)

oder

3d) chronische Fremdgefährdung

Übersicht 1: Indikationen für eine Unterbringung gemäß § 1631b BGB in einer geeigneten Einrichtung

Gerade bei den chronischen Gefährdungen wird häufig eher eine geschlossene Einrichtung der Jugendhilfe oder der Behindertenhilfe als geeignete Einrichtung in

Frage kommen (zur Abgrenzung von akuten kinder- und jugendpsychiatrischen Unterbringungen und längerdauernden Heimunterbringungen bei chronischen Gefährdungszuständen s. Schlink und Schattenfroh 2001).

III. Unterbringungsähnliche Maßnahmen

Während die formalen Voraussetzungen für eine mit Freiheitsentzug verbundene Unterbringung gemäß § 1631b BGB geregelt sind, fehlt eine entsprechende Regelung für unterbringungsähnliche Maßnahmen mit freiheitsentziehender Wirkung sowie für Zwangsbehandlung. Das BGH-Urteil vom 7.8.2013 (XII ZB 559/11), dass die nächtliche Fixierung eines Kindes in einer offenen heilpädagogischen Einrichtung keine genehmigungsbedürftige Unterbringungsmaßnahme im Sinne des § 1631b BGB sei, hat deutlich gemacht, dass entsprechende Regelungen für Maßnahmen, wie sie in Übersicht 2 dargestellt sind, fehlen.

Unterbringungsähnliche Maßnahmen mit freiheitsentziehender Wirkung	**Zwangsbehandlungen**
Festhalten	Zwangsmedikation (Behandlung der Grunderkrankung)
Fixierung	Zwangsernährung
Isolierung	Diagnostik unter Zwang
Videoüberwachung/1:1-Kontakt	Körperhygiene unter Zwang
Sedierung („chemische Zwangsjacke")	

Übersicht 2: Beispiele für unterbringungsähnliche Maßnahmen und Zwangsbehandlung

In der Regel sind unterbringungsähnliche Maßnahmen notwendig zur unmittelbaren Gefahrenabwehr, z.B. bei körperlich-aggressiven Patienten Fixierung, medikamentöse Sedierung, Isolierung oder ununterbrochene Überwachung. Bei akut suizidalen Patienten können ebenfalls Isolierung bzw. ständige Überwachung, medikamentöse Sedierung, in Einzelfällen auch Fixierung notwendig sein, wenn die Patienten sehr agitiert oder impulsiv sind. Bei psychotischen Patienten kann eine medikamentöse Behandlung der zugrundeliegenden Störung zur Abwehr der damit verbundenen Gefährdung notwendig sein, z.B. wenn Patienten aufgrund eines Vergiftungswahns Essen und Trinken verweigern oder Halluzinationen in Form imperativer Stimmen vorliegen, die zu selbstschädigenden Handlungen auffordern. Zwangsernährung kann beispielsweise bei Essstörungen (Magersucht) notwendig sein, wenn aufgrund des restriktiven Essverhaltens eine erhebliche Schädigung der

Patienten besteht. Aber auch diagnostische Maßnahmen (z.B. Laboruntersuchungen zum Ausschluss von körperlichen Ursachen einer psychischen Symptomatik) können unter Umständen notwendig sein und vom Patienten krankheitsbedingt (z.B. in Zusammenhang mit Wahnideen) abgelehnt werden. Zwangsmaßnahmen stellen dabei in der stationären kinder- und jugendpsychiatrischen Behandlung keine Seltenheit dar. Fetzer und Kollegen (2006) berichten aus einer prospektiven Untersuchung in einer Klinik, dass an 9,2 % der Patienten in dem beobachteten 5-Jahres-Zeitraum Zwangsmaßnahmen (Fixierung, Isolierung, Zwangsmedikation) durchgeführt wurden, wobei bei diesen Patienten diese in der Regel auch mehrfach (durchschnittlich 3,4 Zwangsmaßnahmen) notwendig waren.

Neben diesen deutlichen Formen von Zwangsmaßnahmen ist natürlich auch an subtilere Zwänge bei untergebrachten Patienten zu denken. So ist sicherlich zu diskutieren, inwieweit es sich auch um Zwang handelt, wenn ein wegen einer chronischen Gefährdung untergebrachter Patient Vergünstigungen wie (begleitete) Ausgänge oder Besuche nur erhält, wenn er an bestimmten Therapien teilnimmt. Ebenfalls diskutiert werden müsste unter Umständen, welche und in welchem Umfang ein zivilrechtlich untergebrachter Patient Maßnahmen zur Aufrechterhaltung der Sicherheit und Ordnung der Station zu dulden hat.

Die Tatsache, dass unterbringungsähnliche Zwangsmaßnahmen und Zwangsmedikation keiner gerichtlichen Genehmigung bedürfen, sondern die Zustimmung zu diesen gemäß Ansicht des BGH Teil der natürlichen Elternverantwortung ist, muss aus kinder- und jugendpsychiatrischer Sicht kritisch bewertet werden. Es besteht die Gefahr, dass Rechte von untergebrachten Kindern und Jugendlichen nicht hinreichend gewahrt werden.

Auch wenn wir eine enge Einbindung der Sorgeberechtigten als essentiell für den Behandlungserfolg sehen, bedeutet dies nicht, dass erhebliche Eingriffe in die Grundrechte der Patienten ohne Kontrolle durch eine externe Instanz erfolgen können. Ein wesentliches Argument ist, dass sich Eltern in Situationen, in denen Zwangsmaßnahmen erforderlich sind, in der Regel hoch belastet zeigen, Entscheidungen häufig schnell getroffen werden müssen und Eltern in dieser Situation kaum in der Lage sind, eine entsprechende Güterabwägung im Interesse ihrer Kinder zu treffen und Alternativen abzuwägen. Dies ist besonders vor dem Hintergrund problematisch, dass gerade bei schwer beeinträchtigten Kindern und Jugendlichen eine ausgeprägte Abhängigkeit der Familien gegenüber der behandelnden Klinik besteht, die unter Umständen damit argumentiert, dass eine Behandlung bei fehlender Zustimmung in die Zwangsmaßnahmen nicht fortgesetzt werden kann. Die Interessen der Kinder können dann von den Eltern de facto nicht wirksam vertreten werden, ohne den Behandlungsplatz zu gefährden. Außer in Akutsituationen kann die Notwendigkeit von Zwangsmaßnahmen aber auch für Eltern unter Umständen nur schwer überprüfbar sein, wenn diese als Teil eines Behandlungskonzepts dargestellt werden, beispielsweise Isolierungen als notwendige Maßnahme des Reizschutzes. Diese Gefahr besteht vor allen Dingen dann,

wenn über Zwangsmaßnahmen (z.B. durch medikamentöse Sedierung) Personalengpässe oder organisatorische Defizite ausgeglichen werden sollen.

IV. Fazit

Die Tatsache, dass zwar die Unterbringung eines Kindes der richterlichen Genehmigung bedarf, Zwangsmaßnahmen, die häufig sehr viel einschränkender für die Betroffenen sind, jedoch nicht, scheint aus kinder- und jugendpsychiatrischer Perspektive daher wenig nachvollziehbar. Gerade Kinder und Jugendliche, die geschlossen untergebracht sind und damit allein aufgrund dieser Tatsache auch eine geringere Chance haben, bei externen Stellen von sich aus auf ihre Situation aufmerksam zu machen, und damit besonders gefährdet sind in Bezug auf eine Missachtung ihrer Rechte, sollten den besonderen Schutz der staatlichen Gemeinschaft genießen. Auch wenn wir davon ausgehen, dass die überwiegende Mehrheit der Eltern im Interesse und zum Wohle ihrer Kinder handeln will, kann dies, wie oben dargestellt wurde, aufgrund der Abhängigkeit der Eltern von der behandelnden Klinik und der emotionalen Beteiligung nicht durchgängig gewährleistet werden.

Oberstes Ziel bleibt für Kinder- und Jugendpsychiater und -psychotherapeuten daher stets, unabhängig davon, ob Zwangsmaßnahmen familiengerichtlich zu genehmigen sind oder nicht, diese zu vermeiden. Dementsprechend sollte die Prävention von Zwangsmaßnahmen im Mittelpunkt stehen in Form von enger Beteiligung der Patienten an der Behandlung durch Aufklärung, aber auch Berücksichtigung von Wünschen, durch Schulung von Mitarbeitern (z.B. Deeskalationstraining) und insbesondere durch eine adäquate personelle Ausstattung von Kliniken. Eine strenge Güterabwägung vor Anwendung von Zwangsmaßnahmen einschließlich Dokumentation derselben ist obligatorisch. Bereits im Vorfeld der Unterbringung sollte zudem eine umfassende Information der Sorgeberechtigten und soweit möglich der Patienten bezüglich der notwendigen Behandlungsschritte erfolgen und auch das Thema eventuell notwendiger Zwangsmaßnahmen angesprochen werden. Auch als kinder- und jugendpsychiatrischer Sachverständiger sollte auf diesen Punkt bei der Frage der Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit einer geschlossenen Unterbringung eingegangen werden. Die Entwicklung von klinikübergreifenden Leitlinien, die an die individuellen Verhältnisse angepasst werden, kann zudem Missbrauch von Zwangsmaßnahmen verhindern.

Literatur

Fetzer, Anette E./ Steinert, Tilman/ Metzger, Wolfram/ Fegert, Jörg Michael (2006); Eine prospektive Untersuchung von Zwangsmaßnahmen in der stationären Kinder- und Jugendpsychiatrie. Praxis der Kinderpsychologie und Kinderpsychiatrie, 55, S. 754-766.

Häßler, Frank (2015); Öffentlich-rechtliche Unterbringung – Landesgesetze für die Unterbringung psychisch Kranker (PsychKG). In: Häßler, Frank/ Kinze, Wolfram/ Nedopil, Norbert (Hrsg.). Praxishandbuch Forensische Psychiatrie, S. 693-694. Berlin: MWV.

Hoops, Sabrina/ Permien, Hanna (2006); „Mildere Maßnahmen sind nicht möglich!" Freiheitsentziehende Maßnahmen nach § 1631b BGB in Jugendhilfe und Jugendpsychiatrie. München: Deutsches Jugendinstitut.

Schlink, Bernhard/ Schattenfroh, Sebastian (2001); Zulässigkeit geschlossener Unterbringung in Heimen der öffentlichen Jugendhilfe. In: Fegert, Jörg Michael/ Späth, Karl / Salgo, Ludwig. Freiheitsentziehende Maßnahmen in Jugendhilfe und Kinder- und Jugendpsychiatrie, S. 73-171. Münster: Votum Verlag GmbH.

Vogel, Harald (2014); Die familiengerichtliche Genehmigung der Unterbringung mit Freiheitsentziehung bei Kindern und Jugendlichen nach § 1631b BGB. Bielefeld: Verlag Ernst und Werner Gieseking.

Warnke, Andreas (2015); Inklusion – kinder- und jugendpsychiatrische Aspekte. Zeitschrift für Kinder- und Jugendpsychiatrie und Psychotherapie, 43, S. 231-242.

Menschenrechtliche Sicht auf die Zwangsbehandlung von Kindern bei Selbstgefährdung

Stefanie Schmahl

I. Problemstellung

Die UN-Kinderrechtskonvention (KRK) ist seit 24 Jahren in der Bundesrepublik Deutschland geltendes Bundesrecht.[1] Dennoch wurde die Konvention – anders als

[1] Vgl. BGBl. 1992 II S. 121 und die Bekanntmachung in BGBl. 1992 II S. 990.

die UN-Behindertenrechtskonvention (BRK)[2] – in der deutschen Rechtspraxis über lange Zeit kaum zur Kenntnis genommen. Wesentlicher Grund hierfür war der Umstand, dass die Bundesrepublik im Zuge des Ratifikationsprozesses fünf Erklärungen abgegeben hatte, die mehrheitlich auf eine Einschränkung der Verpflichtungen aus dem Übereinkommen zielten.[3] Diese Situation hat sich nunmehr grundlegend geändert, da die Bundesregierung ihre Erklärungen im Jahr 2010 vollständig zurückgenommen hat.[4] Seither gilt die KRK in Deutschland ohne jede Einschränkung.[5] Einen zusätzlichen Bedeutungsschub wird das Übereinkommen erfahren, wenn von dem Individualbeschwerdeverfahren, das im Jahre 2014 auch für Deutschland in Kraft getreten ist,[6] erstmalig Gebrauch gemacht wird.

II. Subjektorientierter Ansatz der UN-Kinderrechtskonvention

1. Allgemeiner Telos der Konvention

Ebenso wie mit der BRK ist auch mit der KRK ein grundlegender Richtungswandel verbunden. Die zahlreichen in der KRK normierten Partizipationsrechte machen die Rolle des Kindes als Subjekt eigener Rechte deutlich.[7] Das Kind wird von der Konvention nicht nur als Schutzobjekt rechtlicher Normierungen angesehen, sondern als eigenständiges Rechtssubjekt wahrgenommen, dem Rechte genauso unveräußerlich zustehen wie Erwachsenen, wenngleich zum Teil in einer kindspezifischen Ausgestaltung.[8] Beide Konventionen – BRK und KRK – dienen als Antidiskriminierungsmaßnahmen mithin der menschenrechtlichen Emanzipation, wobei allerdings ein Mensch aus dem Zustand der Kindheit hinauswächst und sich

[2] Zur BRK und ihren Anforderungen näher *Schmahl*, Menschenrechtliche Sicht auf die Zwangsbehandlung von Erwachsenen bei Selbstgefährdung, in diesem Band, S. 40 ff.

[3] Vgl. BGBl. 1992 II S. 990 f. Spezifische Erklärungen wurden zu Art. 18 Abs. 1, Art. 40 Abs. 2 lit. b Ziff. ii und Ziff. v sowie Art. 38 Abs. 2 KRK abgegeben. Generelle Vorbehalte erstreckten sich auf Kinder mit ausländischer Staatsangehörigkeit (sog. „Ausländervorbehalt") und auf die unmittelbare Anwendbarkeit der Konvention in der deutschen Rechtsordnung.

[4] Vgl. die Pressemitteilung des Bundesministeriums der Justiz vom 15.7.2010.

[5] Näher *Schmahl*, The Rights of the Child in Germany, in: Schmidt-Kessel (Hrsg.), German National Reports on the 19th International Congress of Comparative Law, 2014, S. 581, 581 ff.

[6] BGBl. 2012 II S. 1546. Das Protokoll, das Deutschland am 28.2.2013 ratifiziert hat, ist am 14. April 2014, drei Monate nach der Hinterlegung der zehnten Ratifikationsurkunde durch Costa Rica, in Kraft getreten.

[7] *Steindorff-Classen*, EuR 2011, 19, 20, 23 f.; *Schmahl*, Kinderrechtskonvention mit Zusatzprotokollen, 2013, Einleitung, Rn. 2.

[8] Dies ist nahezu einhellige Ansicht, vgl. *Dorsch*, Die Konvention der Vereinten Nationen über die Rechte des Kindes, 1994, S. 298; *Kirchhof*, Die UN-Konvention über die Rechte des Kindes, 2001, S. 16; *Kilkelly*, Human Rights Quarterly 23 (2001), 308 ff.; *Krappmann*, in: Bielefeldt u.a. (Hrsg.), Jahrbuch Menschenrechte 2010, S. 15, 19; *Schmahl* (Fn. 7), Einleitung, Rn. 36. Zurückhaltender *Heintschel von Heinegg*, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Band VI/2, 2009, § 175 Rn. 51.

nicht befreien muss.[9] Daher gelten für die BRK und die KRK zwar im Ansatz, nicht aber im Umfang dieselben Kriterien.

2. Partizipationsrecht nach Art. 12 KRK als Schlüsselregelung der Konvention

Auch in der KRK ist die Schlüsselnorm für die Partizipation in Art. 12 der Konvention verankert. Der Regelungsgehalt der Norm hat mittlerweile einen rechtlichen Siegeszug angetreten, findet er doch eine fast inhaltsgleiche Entsprechung auf europarechtlicher Ebene in Art. 24 Abs. 1 S. 2 GRCh.[10] Art. 12 Abs. 1 KRK sichert das Mitspracherecht des Kindes in allen Angelegenheiten, die es betreffen, und Abs. 2 legt fest, dass ein Kind in allen es berührenden Gerichts- oder Verwaltungsverfahren gehört werden muss. In Gesamtheit enthält Art. 12 KRK eine eindeutige rechtliche Verpflichtung; die Vertragsstaaten müssen das Mitspracherecht des Kindes entweder direkt garantieren oder Gesetze verabschieden, um den Kindern die Wahrnehmung dieses Rechts zu ermöglichen.[11] Die Verpflichtung der Staaten aus Art. 12 Abs. 1 KRK lässt sich dabei in zwei Elemente aufteilen; sie haben zum einen die Pflicht, die Meinungsbildung und -äußerung des Kindes zu fördern, zum anderen müssen sie den Ansichten des Kindes angemessenes Gewicht in Entscheidungsprozessen verleihen.

Was die Freiheit des Kindes zur Meinungsäußerung anbelangt, ist zunächst maßgeblich, dass das Kind keinem Druck ausgesetzt werden darf und selbst entscheiden kann, ob und mit welchem Inhalt es sich äußern möchte.[12] Art. 12 Abs. 1 KRK verbietet also in Form eines klassischen Abwehrrechts jede Art der Manipulation, die staatliche Behörden auf das Kind ausüben.[13] Um Einflussnahmen von privaten Dritten in den Meinungsbildungs- und Meinungsäußerungsprozess des Kindes zu verhindern, sind die Staaten zudem positiv verpflichtet, Bedingungen zu schaffen, die der individuellen Situation des Kindes angemessen sind und in denen das Kind Sicherheit und Respekt erfährt.[14] Dazu gehört, dass das Kind ausreichend Informationen erhält, um seine Meinung bilden zu können.[15] Dabei muss das Kind nicht über jeden einzelnen Aspekt aufgeklärt werden; es genügt, wenn ihm diejenigen Informationen gegeben werden, die es benötigt, um ein hinreichendes Verständnis seiner Angelegenheiten entwickeln zu können.[16] Informationspflichtig ist

---

[9] Zutreffend *Wapler*, Kinderrechte und Kindeswohl, 2015, S. 401.

[10] Näher dazu *Schmahl*, in: Grabenwarter (Hrsg.), Europäischer Grundrechteschutz, EnzEuR, Band 2, 2014, § 15 Rn. 104, m.w.N.

[11] Committee on the Rights of the Child (CRC), General Comment No. 12 (2009) on the right of the child to be heard, UN Dok. CRC/C/GC/12, vom 20.7.2009, Rn. 15, 19.

[12] CRC, General Comment No. 12 (Fn. 11), Rn. 22 f.

[13] *Schmahl* (Fn. 7), Art. 12 Rn. 5.

[14] CRC, General Comment No. 12 (Fn. 11), Rn. 23.

[15] CRC, General Comment No. 12 (Fn. 11), Rn. 25.

[16] CRC, General Comment No. 12 (Fn. 11), Rn. 21.

nach Ansicht des Kinderrechtsausschusses primär derjenige, der das Kind anhört; subsidiär kann die Information auch durch die Eltern oder Sorgeberechtigten erfolgen.[17]

Ein Mindestalter, ab dem das Recht zur Meinungsäußerung wahrgenommen werden kann, legt die Konvention ebenso wenig fest wie die BRK den Grad der Behinderung. Der Kinderrechtsausschuss betont vielmehr, dass Art. 12 Abs. 1 KRK weit auszulegen sei; die Staaten sollen grundsätzlich davon ausgehen, dass jedes Kind die Fähigkeit zur Meinungsbildung hat.[18] Bei Kleinkindern sei das Mitspracherecht durch non-verbale Kommunikationsformen zu realisieren. Das bedeutet freilich nicht – und auch hier gibt es Parallelen zur BRK –, dass das Mitspracherecht des Kindes nicht auch Grenzen unterliegt. Es gibt Konstellationen, in denen einem Kind, zumal einem Säugling oder Kleinstkind, die erforderliche Einsichts- und Verständnisfähigkeit für die relevanten Zusammenhänge fehlt, es also der Meinungsbildung schlicht nicht fähig ist.[19] In diesen Situationen fordert der Kinderrechtsausschuss die Vertragsstaaten dazu auf, angemessene Vertretungsregelungen zu erlassen.[20]

Gemäß Art. 12 Abs. 1 KRK müssen Kinder nicht nur gehört werden, sondern ihre Meinungen sind im Entscheidungsfindungsprozess auch angemessen zu berücksichtigen. Schlichtes Zuhören genügt nicht. Vielmehr ist auf die geäußerte Meinung des Kindes ernsthaft und sorgfältig Bedacht zu nehmen.[21] Die Berücksichtigung der Meinung des Kindes hat entsprechend seinem Alter und seiner Reife zu erfolgen.[22] Das Alter alleine kann keinen Aufschluss über die Fähigkeit zur Meinungsbildung des Kindes geben. Die nach Ansicht des Kinderrechtsausschusses zusätzlich in Betracht zu ziehende Reife beschreibt die Fähigkeit des Kindes, die Auswirkungen einer bestimmten Angelegenheit verstehen und bemessen sowie seine Ansichten in einer unabhängigen und vernünftigen Weise ausdrücken zu können.[23] Je größer die Auswirkungen der zu treffenden Entscheidung auf das Leben und die Zukunft des Kindes sind, desto stärker muss die Meinung des Kindes gewichtet werden.[24]

---

[17] CRC, General Comment No. 12 (Fn. 11), Rn. 25.
[18] Vgl. CRC, General Comment No. 12 (Fn. 11), Rn. 20.
[19] *Cremer*, AnwBl. 2012, 327, 329; *Schmahl* (Fn. 7), Art. 12 Rn. 8.
[20] CRC, General Comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration, UN Dok. CRC/C/GC14 vom 29.5.2013, Rn. 44.
[21] CRC, General Comment No. 12 (Fn. 11), Rn. 28; CRC, General Comment No. 14 (Fn. 20), Rn. 53.
[22] *Van Bueren*, The International Law on the Rights of the Child, 1995, S. 10.
[23] CRC, General Comment No. 12 (Fn. 11), Rn. 29 f.
[24] *Kirchhof* (Fn. 8), S. 398.

3. Verhältnis von Art. 12 KRK zum Kindeswohl und zum Elternrecht

Das Recht des Kindes auf Mitsprache ist unzweifelhaft eines der grundlegenden Prinzipien der KRK.[25] Deshalb muss es bei Auslegung und Anwendung aller übrigen Rechte der Konvention Berücksichtigung finden.[26] Keine Konventionsvorschrift kann nach Auffassung des Kinderrechtsausschusses sinnvoll und vollständig umgesetzt werden, ohne dass das Mitspracherecht des Kindes beachtet wird.[27] Dies gilt auch für den Grundsatz des Kindeswohls, der in Art. 3 KRK festgeschrieben ist. Obgleich die Meinung des betroffenen Kindes nicht zwingend mit dem festgestellten Kindeswohl übereinstimmen muss, stehen Art. 3 und Art. 12 KRK nicht in einem Spannungsverhältnis. Vielmehr ergänzen sich beide Vorschriften in der Weise, dass Art. 3 KRK das Ziel festsetzt, das Kindeswohl bestmöglich zu verwirklichen, während Art. 12 KRK einen bedeutsamen Weg zur Erreichung dieses Ziels eröffnet und vorschreibt, dass das betroffene Kind anzuhören ist.[28] Die Meinung, die das Kind geäußert hat, ist also bei der Feststellung des Kindeswohls im Sinne von Art. 3 KRK zu berücksichtigen.[29] Entsprechende Erwägungen gelten auch in Bezug auf das Verhältnis zwischen Art. 12 KRK und dem in Art. 5 KRK normierten Elternrecht. Auch hier sind die eigenen Fähigkeiten des Kindes und sein Mitspracherecht von Bedeutung.[30] Je mehr eigene Erkenntnisse, Erfahrungen und Verständnis das Kind hat, desto weniger Führung durch die Eltern ist nötig. Das Recht aus Art. 12 KRK wird mit fortschreitender Entwicklung eines Kindes immer bedeutender, während gleichzeitig das Recht der Eltern aus Art. 5 KRK in entsprechendem Maße abnimmt.[31]

III. Anwendung der Vorgaben der UN-Kinderrechtskonvention auf Zwangsbehandlungen bei Selbstgefährdung

Im Blick auf die Frage medizinischer Zwangsbehandlungen bei Selbstgefährdung ist festzustellen, dass konkrete Stellungnahmen des Kinderrechtsausschusses zu vorgelegten Staatenberichten nur spärlich aufzufinden sind. Dies mag daran liegen, dass sich nur eine einzige Vorschrift der Konvention, Art. 23 KRK, mit behinderten Kindern befasst und diese Norm bloß als programmatischer Grundsatz formuliert ist.[32] Auch Art. 25 KRK widmet sich lediglich der unabhängigen Überprüfung

[25] *Schmahl* (Fn. 7), Art. 12 Rn. 24.
[26] CRC, General Comment No. 12 (Fn. 11), Rn. 17.
[27] CRC, General Comment No. 12 (Fn. 11), Rn. 68.
[28] CRC, General Comment No. 14 (Fn. 20), Rn. 43.
[29] *Schmahl* (Fn. 7), Art. 12 Rn. 27; ebenso *Rossa*, Kinderrechte: Das Übereinkommen über die Rechte des Kindes im internationalen und nationalen Kontext, 2013, S. 17, 87.
[30] CRC, General Comment No. 12 (Fn. 11), Rn. 84 f.
[31] Vgl. *Schmahl* (Fn. 7), Art. 12 Rn. 28 und Art. 5 Rn. 6; *Wapler* (Fn. 9), S. 248.
[32] *Schmahl* (Fn. 7), Art. 23 Rn. 4.

einer Unterbringung des Kindes, äußert sich aber nicht zur Frage, ob und in welchem Umfang Zwangsbehandlungen bei Eigengefährdung zulässig sind.[33]

1. Relevante „Concluding Observations" des Kinderrechtsausschusses

Dementsprechend weisen auch die „Concluding Observations" des Kinderrechtsausschusses häufig nur kursorisch darauf hin, dass das Mitspracherecht auch für Kinder mit Behinderungen insbesondere bei Fragen der Unterbringung und der medizinischen Behandlung gelte.[34] Lediglich in seinen Abschließenden Bemerkungen von 2010 zur Rechtslage in Belgien und von 2011 zur Rechtslage in Kambodscha geht der Ausschuss näher auf Zwangsunterbringung und Zwangsbehandlung von Kindern in psychiatrischen Anstalten ein. Er stellt mit besonderer Sorge fest, dass Kinder mit seelischen Behinderungen in Belgien häufig isoliert untergebracht sind, nur beschränkte Möglichkeiten haben, ihre Familien zu treffen, und ihnen zudem Drogen verabreicht werden, um sie ruhig zu stellen, ohne ihren Willen bei der Medikation zu berücksichtigen.[35] Dass behinderte Kinder in Kambodscha neben der Zwangsmedikation mit Drogen auch Elektroschocks ausgesetzt werden, wertet der Kinderrechtsausschuss zu Recht als eine Verletzung des Folterverbots.[36]

2. Einschlägige „General Comments" des Kinderrechtsausschusses

Da ganz offensichtlich die Zwangsbehandlung von behinderten Kindern kaum jemals näher in den Staatenberichtsverfahren zur Sprache gekommen ist, verwundert es nicht, dass auch die überwiegende Mehrheit der „General Comments" des Kinderrechtsausschusses sich zu dieser Frage eher vage verhält. So weist etwa der „General Comment" Nr. 15 (2013), der sich mit der Gesundheitsfürsorge auseinandersetzt, nur darauf hin, dass Kindern mit psychosozialen Behinderungen

[33] Näher *Schmahl* (Fn. 7), Art. 25 Rn. 1 ff.

[34] Vgl. CRC, Concluding Observations: Denmark, UN Dok. CRC/C/15/Add.151 vom 10.7.2001, Rn. 31; CRC, Concluding Observations: United Kingdom, UN Dok. CRC/C/15/Add.188 vom 9.10.2002, Rn. 33; CRC, Concluding Observations: Slovenia, UN Dok. CRC/C/15/Add.230 vom 26.2.2004, Rn. 24 f.; CRC, Concluding Observations: United Kingdom, UN Dok. CRC/C/GBR/CO/4 vom 20.10.2008, Rn. 38 f.; CRC, Concluding Observations: Argentina, UN Dok. CRC/C/ARG/CO/3-4 vom 21.6.2010, Rn. 44 f.; CRC, Concluding Observations: Armenia, UN Dok. CRC/C/ARM/CO/4 vom 8.7.2013, Rn. 22. Vgl. ferner CRC, Concluding Observations: Israel, UN Dok. CRC/C/ISR/CO/2-4 vom 4.7.2013, Rn. 27 f., wo der Ausschuss die partiellen Fortschritte bei der Einbeziehung der kindlichen Ansicht im Rahmen medizinischer Behandlungen lobend hervorhebt.

[35] CRC, Concluding Observations: Belgium, UN Dok. CRC/C/BEL/CO/3-4 vom 18.6.2010, Rn. 58 f.

[36] CRC, Concluding Observations: Cambodia, UN Dok. CRC/C/KHM/CO/4 vom 3.8.2011, Rn. 38. Das Folterverbot ist ausdrücklich in Art. 37 lit. a KRK verankert. Die Kernregelung zum Schutz des Kindes vor (auch privater) Gewaltanwendung stellt Art. 19 KRK dar.

besondere Aufmerksamkeit gewidmet werden müsse.[37] Ihre Betreuung sei möglichst im Rahmen der eigenen Familie durchzuführen.[38] Bei jeder medizinischen Behandlung müsse das Wohl des Kindes im Mittelpunkt stehen, wobei dem Kind Mitspracherechte einzuräumen seien.[39] Auch der General Comment Nr. 9 (2006), der sich spezifisch den Belangen von Kindern mit Behinderungen widmet, geht auf die Frage der Zwangsbehandlung bloß am Rande ein. Er unterstreicht allerdings – ähnlich wie sein Pendant zur Gesundheitsfürsorge –, dass das Kindeswohl ohne Ausnahme die entscheidende Leitlinie auch bei der medizinischen Behandlung von behinderten Kindern sein müsse. Dabei sei essentiell, dass die Kinder in allen Verfahren, die sie berühren, angehört und ihre Ansichten berücksichtigt würden.[40] Um der doppelten Gefährdungslage entgegenzutreten, der Kinder mit Behinderungen regelmäßig ausgesetzt sind, weil sie Kind sind und darüber hinaus mit einer Behinderung leben, betont der Ausschuss die Notwendigkeit, alle Normen der KRK auch zugunsten von Kindern mit Behinderungen anzuwenden.[41]

Doch es gibt vereinzelt auch konkretere Beispiele: In seinen Allgemeinen Bemerkungen Nr. 13 (2011) hebt der Ausschuss klar und deutlich hervor, dass elektrokonvulsive Behandlungsmethoden und Elektroschocks, die dazu eingesetzt werden, um das Verhalten des Kindes mit Behinderungen zu kontrollieren, als ein Verstoß gegen das Gewaltverbot des Art. 19 KRK anzusehen sind.[42] Auch der „General Comment" Nr. 14 (2013), der sich mit dem Kindeswohl befasst, stellt heraus, dass die Vorteile jeglicher medizinischer Behandlung von Kindern stets sorgsam gegen die möglichen Risiken und Begleiterscheinungen abgewogen werden müssen.[43] Bei Entscheidungen bezüglich seiner eigenen Gesundheit seien die Ansichten des Kindes einzubeziehen; zuvor müsse es über die beabsichtigten Behandlungen, ihre Folgen sowie über Alternativen angemessen informiert werden. Je älter und reifer das Kind sei, desto schwerer wiege seine geäußerte Ansicht und desto stärker sei auf seinen zustimmenden oder ablehnenden Willen abzustellen.[44]

---

[37] Vgl. CRC, General Comment No. 15 (2013) on the right of the child to the enjoyment of the highest attainable standard of health, UN Dok. CRC/C/GC/15 vom 17.4.2013, Rn. 15.

[38] CRC, General Comment No. 15 (Fn. 37), Rn. 15; ähnlich auch CRC, General Comment No. 14 (Fn. 20), Rn. 78.

[39] Vgl. CRC, General Comment No. 15 (Fn. 37), Rn. 15; vgl. auch CRC, General Comment No. 12 (Fn. 11), Rn. 98-104.

[40] CRC, General Comment No. 9 (2006) on the rights of children with disabilities, UN Dok. CRC/C/GC/9 vom 27.2.2007, Rn. 29-32.

[41] CRC, General Comment No. 9 (Fn. 40), Rn. 5.

[42] CRC, General Comment No. 13 (2011) on the right of the child to freedom from all forms of violence, UN Dok. CRC/C/GC/13 vom 18.4.2011, Rn. 23.

[43] Vgl. CRC, General Comment No. 14 (Fn. 20), Rn. 77.

[44] CRC, General Comment No. 14 (Fn. 20), Rn. 78. Vgl. auch BT-Drucks. 17/11295, S. 18, sowie *Schmahl*, RdJB 2014, 125, 140 – beide in Bezug auf die Zirkumzision männlicher Säuglinge und Kleinkinder.

3. Synergie- und Kongruenzeffekte zwischen Kinderrechtsausschuss und Behindertenrechtsausschuss

Ferner verweist der Kinderrechtsausschuss in jüngeren Stellungnahmen zunehmend auf die Erkenntnisse des Behindertenrechtsausschusses, der in dasselbe Monitoring-System der Vereinten Nationen eingebunden ist. In seiner Abschließenden Stellungnahme zum Staatenbericht von Dänemark etwa weist der Kinderrechtsausschuss auf die Bemerkungen des Behindertenrechtsausschusses zur Frage des Mitspracherechtes behinderter Kinder in psychiatrischen Anstalten hin und macht sie sich sogar explizit zu eigen.[45] Desgleichen nimmt der Kinderrechtsausschuss Bezug auf die Stellungnahme des Behindertenrechtsausschusses zur Situation von Kindern mit Behinderungen in Schweden; er schließt sich der Kritik der nicht hinreichenden Berücksichtigung des Kindeswillens an, die der Behindertenrechtsausschuss zuvor hervorgehoben hatte.[46] In der Beurteilung des Staatenberichts von Australien verweist der Kinderrechtsausschuss ausdrücklich auf Art. 23 lit. c BRK, um dem Vertragsstaat nahezulegen, dass die nicht-therapeutische Sterilisation von Kindern mit Behinderungen nicht nur nach der KRK diskriminierend sei, sondern zudem einen Verstoß gegen die BRK begründe.[47]

Auch in umgekehrter Richtung sind Synergie- und Kongruenzeffekte zwischen den menschenrechtlichen Ausschüssen mit Blick auf die Lage behinderter Kinder nachweisbar. So hebt der Behindertenrechtsausschuss hervor, dass Kinder mit und ohne Behinderung in allen Lebenslagen gleichberechtigt zu behandeln seien.[48] In seinen „Concluding Observations" zum Staatenbericht von Schweden äußert der Behindertenrechtsausschuss große Besorgnis über den Umstand, dass Mädchen und Jungen, die sich in einer psychiatrischen Unterbringung befinden, Zwangsbehandlungen unterliegen. Insbesondere den Einsatz von Befestigungsgürteln und Isolationsmaßnahmen erachtet der Ausschuss für einen Verstoß gegen das Folterverbot.[49] Das Recht auf körperliche Unversehrtheit nach Art. 17 BRK sieht der Behindertenrechtsausschuss als verletzt an, wenn es um die Zwangssterilisation von behinderten Kindern geht, die offenbar in Neuseeland praktiziert wird.[50] Die Zwangsbehandlung von Kindern in psychiatrischen Kliniken in Dänemark hält der

---

[45] CRC, Concluding Observations: Denmark, UN Dok. CRC/C/DNK/CO/4 vom 7.4.2011, Rn. 46b.

[46] CRC, Concluding Observations: Sweden, UN Dok. CRC/C/SWE/CO/5 vom 6.3.2015, Rn. 39, mit explizitem Verweis auf Committee on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD), Concluding Observations on the initial report of Sweden, UN Dok. CRPD/C/SWE/CO/1 vom 12.5.2014, Rn. 19.

[47] CRC, Concluding Observations: Australia, UN Dok. CRC/C/AUS/CO/4 vom 28.8.2012, Rn. 57.

[48] CRPD, General Comment No. 1 (2014), Article 12: Equal recognition before the law, UN Doc. CRPD/C/GC/1 vom 19.3.2014, Rn. 36.

[49] CRPD, Concluding Observations on the initial report of Sweden, UN Dok. CRPD/C/SWE/CO/1 vom 12.5.2014, Rn. 39 f.

[50] CRPD, Concluding Observations on the initial report of New Zealand, UN Dok. CRPD/C/NZL/CO/1 vom 21.10.2014, Rn. 37 f.

Ausschuss ebenfalls für eine Konventionsverletzung und empfiehlt den Einsatz von Beratern, die Kinder mit Behinderungen in ihren Bedürfnissen und darin unterstützen, ihren eigenen Willen zu äußern.[51]

Speziell in Bezug auf die medizinische Situation von Kindern mit Behinderungen in Deutschland begnügen sich die beiden UN-Menschenrechtsausschüsse bislang indes überwiegend mit allgemein gehaltenen Stellungnahmen. So zeigt sich der Kinderrechtsausschuss in seinen jüngsten „Concluding Observations" von 2014 generell besorgt darüber, dass behinderte Kinder bei der Gesundheitsversorgung Opfer von Diskriminierungen werden, und empfiehlt den Erlass von politischen Aktionsprogrammen zur Verringerung der bestehenden Ungleichheiten.[52] Konkrete Empfehlungen gibt der Ausschuss lediglich für die Behandlung von Kindern mit Aufmerksamkeitsdefizitsyndrom (ADH/ADHS).[53] Er fordert die Bundesrepublik auf, sicherzustellen, dass die Unterbringung von an ADH oder ADHS erkrankten Kindern in psychiatrischen Kliniken nur als letztes Mittel erfolgt und ein System mit unabhängigen Fachexperten errichtet wird, das zum einen die medikamentöse Behandlung mit Psychostimulanzien bei Kindern überwacht und zum anderen dagegen vorgeht, dass Kinder vorschnell als psychisch krank abgestempelt werden.[54]

IV. Fazit und Desiderat: Umsetzung der Anforderungen aus der UN-Kinderrechtskonvention in Deutschland

Obgleich die Zwangsbehandlung behinderter Kinder bei Selbstgefährdung in Deutschland thematisch von den Menschenrechtsausschüssen nicht behandelt worden ist, liegen vor dem Hintergrund der dargestellten Vorgaben und Leitlinien der KRK folgende Schlussfolgerungen nahe: Anders als § 1906 Abs. 3, Abs. 3a BGB erscheinen die Regelungen der §§ 1631b, 1666 BGB und das Fehlen jeglicher rechtlicher Kautelen für die Zwangsbehandlung von Kindern als menschenrechtlich problematisch. Das Mitspracherecht des Kindes wird normativ in keiner Weise in Bezug genommen, wenn dieses zur Abwendung einer erheblichen Selbstgefährdung medizinisch zwangsbehandelt wird. Die Einbeziehung der Eltern und – bei Gefährdung des Kindeswohls – auch des Familiengerichts ist zwar nicht als konventionswidrig zu deklarieren, da die Meinung des Kindes nur ein und nicht der alleinige Baustein des Kindeswohls ist.[55] Auch ist positiv hervorzuheben, dass der

---

[51] CRPD, Concluding Observations on the initial report of Denmark, UN Dok. CRPD/C/DNK/CO/1 vom 30.10.2014, Rn. 20 f.

[52] CRC, Concluding Observations on the combined third and fourth periodic reports of Germany, UN Dok. CRC/C/DEU/CO/3-4 vom 25.2.2014, Rn. 24 f., 56.

[53] CRC, Concluding Observations: Germany (Fn. 52), Rn. 58.

[54] CRC, Concluding Observations: Germany (Fn. 52), Rn. 59.

[55] Eingehend *Wapler* (Fn. 9), S. 391 ff.

BGH mit Beschluss vom 18.7.2012 unter ausdrücklicher Berufung auf die KRK eine geschlossene Unterbringung des Kindes zur Abwendung einer erheblichen Selbst- oder Fremdgefährdung nur als letztes Mittel und lediglich für die kürzeste angemessene Zeit für zulässig erachtet sowie die prinzipielle Notwendigkeit betont, das Kind im Beisein des Verfahrensbeistands anzuhören.[56] Dennoch bleibt fragwürdig, ob die dadurch nicht ausgeschlossene Möglichkeit einer völligen Nichtberücksichtigung des Kindeswillens mit Art. 12 KRK und den einschlägigen Stellungnahmen der Menschenrechtsausschüsse in Einklang gebracht werden kann. Eine normative Ergänzung des § 1631b BGB etwa in Anlehnung an die Vorgaben des § 1906 Abs. 3, Abs. 3a BGB erscheint geboten, zumal die Kinderrechtskonvention genauso wie das Behindertenrechtsübereinkommen in Deutschland gemäß Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG geltendes Bundesrecht ist.

[56] BGH, NJW 2012, 2584, 2585 f., unter Berufung auf Art. 37 lit. b KRK. Dogmatisch hätte freilich Art. 25 KRK herangezogen werden müssen, da Art. 37 KRK nur strafrechtliche Freiheitsentziehungen zum Regelungsgegenstand hat, vgl. *Schmahl* (Fn. 7), Art. 37 Rn. 8, 20.

Autoren und Herausgeber

Dr. Marc Allroggen, Oberarzt, Klinik für Kinder- und Jugendpsychiatrie/Psychotherapie, Universitätsklinikum Ulm, Steinhövelstr. 5, 89075 Ulm

Prof. em. Dr. Dagmar Coester-Waltjen, Juristische Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen, Institut für Privat- und Prozessrecht, Platz der Göttinger Sieben 6, 37073 Göttingen

Weiterer aufsichtführender Richter am AG Georg Dodegge, Amtsgericht Essen, Zweigertstraße 52, 45130 Essen

Prof. Dr. Jörg M. Fegert, Ärztlicher Direktor, Klinik für Kinder- und Jugendpsychiatrie/Psychotherapie, Universitätsklinikum Ulm, Steinhövelstr. 5, 89075 Ulm

Vorsitzende Richterin am OLG Dr. Isabell Götz, Oberlandesgericht München, Prielmayerstraße 5, 80335 München

Prof. Dr. med. Dr. phil. Andreas Heinz, Direktor der Klinik für Psychiatrie und Psychotherapie, Charité – Universitätsmedizin Berlin, Campus Charité Mitte, Charitéplatz 1, 10117 Berlin

Prof. Dr. Dr. h.c. Volker Lipp, Juristische Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen, Institut für Privat- und Prozessrecht, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Zivilprozessrecht, Medizinrecht und Rechtsvergleichung, Geschäftsführender Direktor des Zentrums für Medizinrecht, Platz der Göttinger Sieben 6, 37073 Göttingen

PD Dr. phil. Dipl.-Phys. Sabine Müller, Charité – Universitätsmedizin Berlin, Klinik für Psychiatrie und Psychotherapie CCM, Forschungsbereich Mind & Brain, Charitéplatz 1, 10117 Berlin

Prof. Dr. Stefanie Schmahl, Juristische Fakultät der Julius-Maximilians-Universität Würzburg, Lehrstuhl für deutsches und ausländisches öffentliches Recht, Völkerrecht und Europarecht, Domschulstraße 16, 97070 Würzburg

Prof. Dr. Eva Schumann, Juristische Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen, Institut für Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie und Rechtsvergleichung, Lehrstuhl für Deutsche Rechtsgeschichte und Bürgerliches Recht, Weender Landstr. 2, 37073 Göttingen

Prof. Dr. Alfred Simon, Universitätsmedizin Göttingen, Wissenschaftlicher Leiter der Akademie für Ethik in der Medizin, Vorsitzender des Klinischen Ethikkomitees, Humboldtallee 36, 37073 Göttingen

Prof. Dr. Barbara Veit, Juristische Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen, Institut für Privat- und Prozessrecht, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht – Schwerpunkt Familienrecht –, Platz der Göttinger Sieben 6, 37073 Göttingen

Dieser Band enthält die Vorträge des 14. Göttinger Workshops zum Familienrecht, der am 13. November 2015 gemeinsam mit dem Göttinger Zentrum für Medizinrecht veranstaltet wurde. Er thematisiert die höchst aktuelle Problematik der Zwangsbehandlung eines Patienten, der eine ärztliche Behandlung ablehnt und sich dadurch selbst gefährdet. Die hier publizierten Beiträge beleuchten die Problematik für Erwachsene und für Kinder und Jugendliche aus rechtlicher Sicht (Georg Dodegge, Isabell Götz), aus Sicht der Psychiatrie (Andreas Heinz, Sabine Müller und Marc Allroggen, Jörg M. Fegert), aus medizinethischer Sicht (Alfred Simon) und aus der Perspektive der Menschenrechte (Stefanie Schmahl).

Band 19 der Reihe „Göttinger Juristische Schriften"
Die Reihe wird von der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen herausgegeben und macht Veranstaltungen an der Fakultät einer interessierten Öffentlichkeit zugänglich.



ISBN: 978-3-86395-265-5
ISSN: 1864-2128

Universitätsverlag Göttingen